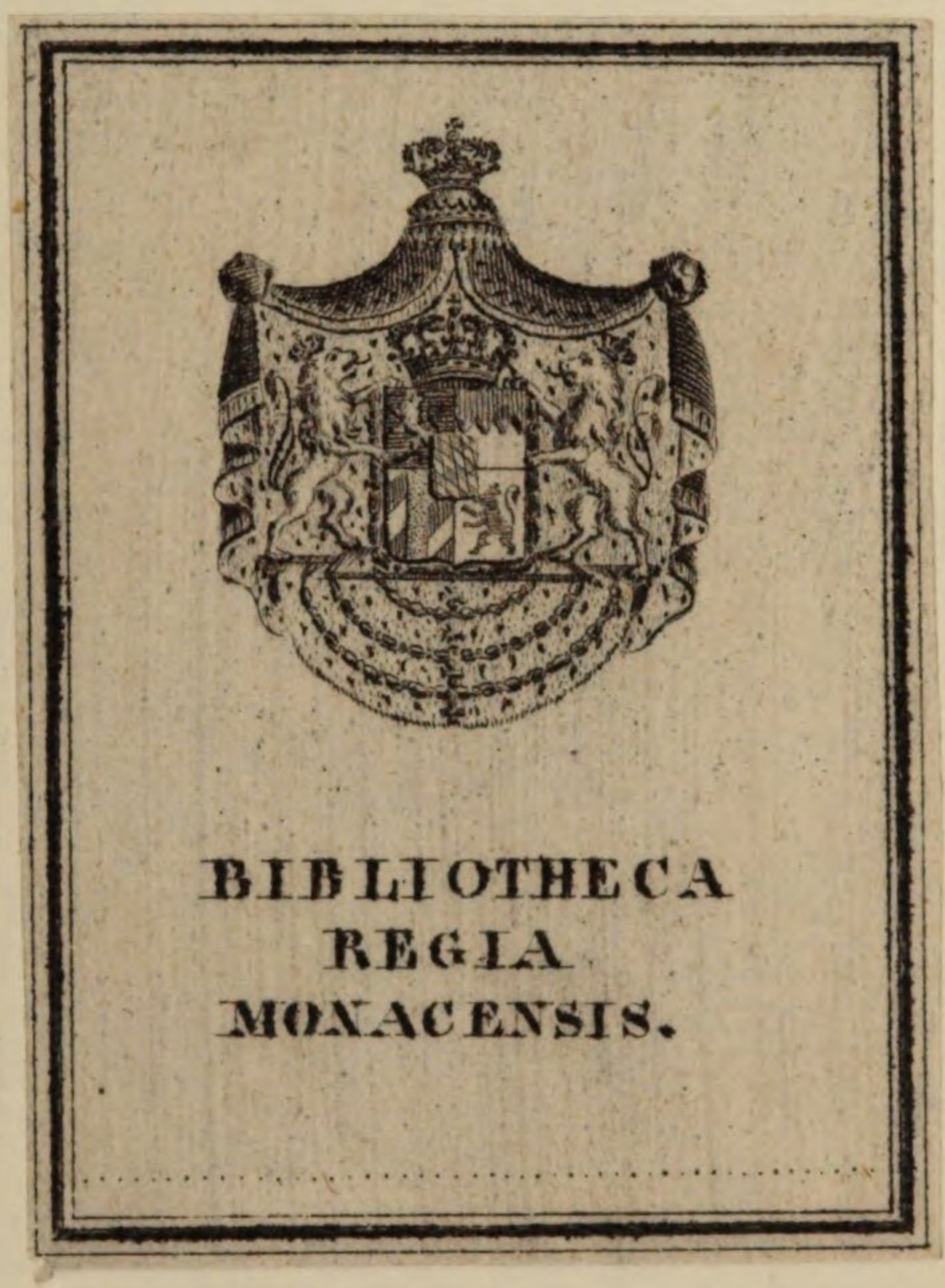
J. pract. 261 ×



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<366045280100016

<366045280100016

Bayer. Staatsbibliothek

Die Lehre

von der

Widerklage

nach

dem gemeinen teutschen

Civilprozesse.

Von

Dr. Joh. Bapt. Sartorius,

Professor an der Universität Zürich.

Erlangen, 1838

bei J. J. Palm und E. Enke.

W2
143.D

J. pract. 261 x

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

„Sunt bona, sunt quaedam mediocria, sunt mala plura,
„Quae legis hic; aliter non fit (amice) liber.“

„Martial. epigramm. I. 17.

72

Inhaltsübersicht.

(Die eingeklammerten Zahlen zeigen die Seiten an.)

Erster Abschnitt.

Einleitung, Begriff, Begründung, Quellen und Literatur der Widerklage (1—126.).

§. 1. Zustand der Lehre von der Widerklage und Bedürfniß einer neuen Bearbeitung (1—3.).

§. 2. Definition der Widerklage (3—6.). Eigenschaften derselben: Abhängigkeit und Selbständigkeit sind in ihr vereinigt (6.), sie ist ein Produkt des Prozesses, und ihr Begriff ein formeller oder plastischer; da die Widerklage nur eine Form und Art des Klagewesens überhaupt ist, so gilt von ihr in der Regel Alles, was von der Klage gilt (6—7.).

§. 3. Die Widerklage ist in der Gegenseitigkeit streitiger Ansprüche natürlich begründet (7—9.), jedoch immer eine billige Ausnahme von dem strengen Rechte (9—10.). Unterschied von der Kompensation und Nachklage (10—11.).

§. 4. Die Widerklage im ältern römischen Rechte. Die Zeit der legis actiones (11—12.). Die Zeit der formulae (12.). Faber's Meinung (13.). Deren Unrichtigkeit (14—17.). Heffter's Meinung und deren Widerlegung. Erklärung der L. 18. §. 4. Dig. commod. (17—20.). Betrachtung einiger Stellen: §. 30. Inst. de action. Gaji comment. lib. IV. §§. 63. 64. 65. 68. L. 38. Dig. de heredit. petit. (20—22.)

§. 5. Annahme des Vorkommens der Widerklage zur Zeit der formulae. Ihr roher Zustand. Meinung von Hennings (22—23.) In den römischen Widerklagen werden vermißt: 1) ein besonderer accessorischer Gerichtsstand (23.), und 2) die genaue Ausscheidung von der Kompensation (24—25.). Widerklage und

Kompensation waren indessen doch bei den Römern nicht identifizirt (25.). Im Anfange schienen nur Widerklagen, welche mit der Hauptklage konnex waren, zuläßig gewesen zu sein (25—26.).

§. 6. Eine bestimmte technische Bezeichnung der Widerklage kommt im Corpus juris nicht vor. Bedeutung der mutua actio (27.) und der mutua petitio. Die Ausdrücke: invicem oder vicissim agere, accusare, petere v. convenire, vicissim pulsare (27—30.). Die Worte: reconventio und reconvenire (30—31.). Actio mixta v. duplex, judicium duplex (32—33.).

§. 7. Auslegung der Quellen vor Justinian: I) L. 11. §. 1. Dig. de jurisdict. (34—42.) II) L. 34. Dig. de procurat. et defensor. (42.) III) L. 38. pr. Dig. mand. (42—43.) IV) L. 14. Cod. de sent. et interloc. (43—59) V) L. un. Dig. si quis jus dic. non obtemp. (59—61.) VI) L. 33. §§. 3. 4. 5. Dig. de procurat. et defensor. (61.) VII) L. 2. §. 5. Dig. de judiciis. (61—62.) VIII) L. 1. §§. 14. 15. Dig. de extraord. cognit. (62—63.) IX) L. 22. Dig. de judiciis. (63—65) X) L. 6. Cod. de compens. (66.) XI) L. 1. Cod. rer. amot. (66.) XII) L. 1. §. 4. Dig. quae sent. sine appell. (67.)

§. 8. Auslegung der Quellen aus dem neueren Recht: L. 5. pr. Cod. de fruct. et lit. expens. (68—73.) Nov. 96. cap. 2. (73—76.) Auth. Et consequenter, Cod. de sent. et interloc. (76—77.) Rückblick auf das römische Recht. Die Widerklage ist ein Institut der Billigkeit, und ging sowohl aus dem Interesse der Parteien, als des Staates hervor (77—78).

§. 9. Kanonisches Recht. I) Decret. Grat. can. 1. causa 3. quaest. 8. (78—79.) II) Cap. 1. X. de mutuis petit. (79.) III) Cap. 10. X. de restit. spoliat. (80—81.) IV) Cap. 2. X. de mutuis petit. (81—82.) V) Cap. 2. X. de ordine cognit. (82—88.) VI) Cap. 5. X. de except. (89.) VII) Cap. 6. X. de arbitr. (89—90.) VIII) Cap. 10. X. de testib. cogend. (90.) IX) Cap. 12. X. de fide instrum. (90—91.) X) Cap. 4. X. de ordine cognit. (91.) XI) Cap. 3. de rescript. in VI. (91—93.) XII) Clem. 2. de verb. signif. (93.)

§. 10. Altes teutsches Recht. I. II. III. IV. V. Sachsenspiegel und Glosse dazu (93—100). VI) Schwabenspiegel (100—101). VII) Laienspiegel (101—102).

§. 11. Teutsche Reichsgesetze. I) Kam. Ger. Ord. v. 1508. (102.) II) Kam. Ger. Ord. v. 1555. Th. II. (103.) III) Konzept der Kam. Ger. Ord. v. 1603. Th. II. (103.) IV) Kam. Ger. Ord. v. 1555. Th. III. (103.) V) Konzept der Kam. Ger. Ord. v. 1603. Th. III. (103.) VI) Reichs-Abschied v. 1654. (103—104.)

§. 12. Landesgesetze, Statuten, Ordnungen und Ortsrechte. I) Gerichtsbüchlein aus dem 15. Jahrhundert (104.) II) Ordnung des Hofgerichts zu Rothweil v. 1572 (104.) III) Frankfurter Reformation v. 1578 (104—106.). IV) Würzburger Landgerichts-Ordnung v. 1618 (106—107.) V) Codex juris bavarici judiciarii de 1753 (107—108.). VI) Badische Prozeß-Ordnung v. 1831 (108—111).

§. 13. Literatur. I) Socinus (112.). II) Lancelottus (112.). III) Donellus (113.). IV) Faber (113—114). V) Stryckius resp. Richter (114.). VI) Janus a Costa (114—115.). VII) Goeddaeus (115.). VIII) Burmannus (115.). IX) Gisebert (115.). X) Tellerus (115—116.) XI) Cleemann (116.). XII) Robert (116.). XIII) Quistorp (116.). XIV) Müller (116.) XV) Overbeck (116—117.). XVI) Hufeland (117.). XVII) Oesterley (117.). XVIII) Hennings (117—118.). XIX) Kori (118.). XX) Mühlenbruch (119.). XXI) Goldschmidt (119—120.). XXII) Fischer (120—121.) XXIII) Heffter (121—122.). XXIV) Elvers (122.). XXV u. XXVI) Linde (122.). XXVII) Langenn und Kori (122—123.). XXVIII) Lauk (123—124.). XXIX) Spangenberg (124.). XXX) Backe (124—125.). XXXI) Jerusalem (125—126.).

Zweiter Abschnitt.

Von den bei der Widerklage vorkommenden Personen (127—314.).

§. 14. Einleitung (127.).

Erster Titel.

Von den Parteien (128—213.).

§. 15. Persönlichkeit und Rollen der Parteien. Identität der Personen und Nichtidentität der Rollen (128—130.).

§. 16. Die Widerklage ein allgemeines Attribut aller Parteien (130.). Nur ein wahrer Kläger kann widerklagen (131.). Wer nicht

klagen kann, darf auch nicht widerklagen, und nicht widerbeklagt werden (131 — 135.).

§. 17. Dritte und Nebenpersonen auf Seite der Parteien können weder widerklagen noch widerbeklagt werden (135.). Einzelne hierher gehörige Fälle: I) Benennung des Auctors (136 — 141.). II) Intervention (141 — 144.). III) Streitverkündung (144.). IV) Adcitation (144 — 145.).

§. 18. Prokuratoren oder Anwälte (145.). Der Prokurator als solcher kann wegen eigener Forderungen nicht widerklagen, und wegen eigener Verbindlichkeiten nicht widerbeklagt werden (145—146.). Der Prokurator des Beklagten bedarf eine Spezialvollmacht, um eine Widerklage anzustellen (146 — 148.). Dagegen bedarf der Prokurator des Hauptklägers zur Vertheidigung gegen eine Widerklage keine solche Vollmacht (148—149.). Auslegung von Gesetzen: L. 33. §§. 3. 4. Dig. de procurat. et defensor. Mühlenbruch's Meinung (149 — 164.). Procurator ad res omnes (165 — 169.). Anwendung der vorgetragenen Sätze auf die Advokaten (169.).

§. 19. Der procurator in rem suam, und seine Verbindlichkeit, den Prinzipal gegen eine Widerklage zu vertheidigen (169 — 172.). Anwendung des prätorischen Ediktes auf den procurator in rem suam (172.). Mühlenbruch's Meinung (172—174.). Widerlegung (174—175.). Fortsetzung der richtigen Lehre (175—182.). Neue Gründe (183—186.) Der procurator in rem suam necessarius (187—190.). Fortsetzung der Lehre (190—192.).

§. 20. Wenn kollektive Personen Parteien sind, so können die Individuen, aus welchen jene bestehen, individuell weder widerklagen, noch widerbeklagt werden. Die Widerklage kann nur von der ganzen kollektiven Person ausgehen, und nur gegen diese gerichtet werden (192 — 194.) Umgekehrt verhält es sich bei Streitgenossen (194—195.). Lösung der Frage: ob Jemand, der mit einem Beklagten einen gemeinschaftlichen Anspruch hat, gegen den seinen Theilhaber bekämpfenden Kläger als Mitwiderkläger auftreten könne, ungeachtet daß er selbst nicht beklagt ist, sowohl bei theilbaren, als untheilbaren Forderungen? (195 — 200.).

§ 21. Von der Widerklage in Beziehung auf den Erben und Erbschafts-Kurator (200—203.).

§. 22. Von der Widerklage rücksichtlich des Provokanten (203—204.).
§. 23. Reconventio reconventionis non datur (204—213.).

Zweiter Titel.

Von dem Richter (214—314.).

§. 24. Identität des Richters oder des Gerichtsstandes (214—215.). Der Richter der Hauptklage wird über den Widerbeklagten kompetent. Der Gerichtsstand der Widerklage (S. 215.). Eigenschaften dieses Gerichtsstandes: Er ist für den Hauptkläger ein nothwendiger, und der bekannte Grundsatz: actor sequitur forum rei, verkehrt sich in den entgegengesetzten: reus sequitur forum actoris (215—216). Er ist ein besonderer persönlicher, aber kein privilegirter und außerordentlicher (216.). Er ist endlich ein accessorischer (216—217.). Der Hauptbeklagte kann, ungeachtet der Nothwendigkeit dieses Gerichtsstandes, den Richter der Hauptklage ablehnen, und einen andern erbitten, welcher alsdann sowohl die Haupt- als Widerklage zu behandeln hat (217—218.). In diesem Falle folgt also die Hauptklage der Widerklage vor den neuen Richter, während gewöhnlich die letztere von der ersteren an ihren Richter gezogen wird (218.). Folgen der Ablehnung (218.).

§. 25. Die Gründe für den Gerichtsstand der Widerklage sind nicht Ausflüsse des strengen Rechtes, sondern der Billigkeit. Nachweisung dieser Ansicht aus der Natur der Sache und der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (218—219.). Untersuchung, ob die Wahl des Richters für die Hauptklage ein Billigkeitsgrund der Einführung des erwähnten Gerichtsstandes gewesen sei (220—222.). Analogie der Gemeinschaft der Beweismittel (222.). Der Gerichtsstand der Widerklage ist kein prorogirter, könnte jedoch als ein erstreckter gelten (223—226.).

§. 26. Die Kompetenz über die Widerklage folgt als accessorium aus der Kompetenz hinsichtlich der Hauptklage (226.). Untersuchung dieses Grundsatzes bei verschiedenen Arten von Richtern: I) Prorogirte Richter (227—236.). II) Schiedsrichter (236—237.). III) Delegirte Richter (237—241.).

§. 27. Nur hinsichtlich der Person des Widerbeklagten, nicht aber hinsichtlich des Gegenstandes der Widerklage wird der inkompetente

Richter kompetent (241—243.). Ausgeschlossen von dem Gerichtsstande der Widerklage sind also die privilegirten oder befreiten (exemten) Sachen (243—244.). Fortgesetzte Betrachtung dieser Sachen und einzelner dabei vorkommender Fälle (244—247.). Von geistlichen Sachen (247—249.). Wenn der Gegenstand der Hauptklage ein privilegirter, die Widerklage aber auf einen nicht privilegirten Gegenstand gerichtet ist, so wird der Richter über den ersteren nicht kompetent über diesen (249—250.). Von den ordentlichen besonderen Gerichtsständen (250—251.): I) Wenn die Hauptklage bei dem ordentlichen Richter des Wohnortes des Beklagten anhängig ist, und der Anspruch des Letzteren einen besonderen Gerichtsstand für sich hat, welcher mit dem Gerichtsstande des Wohnortes elektiv konkurrirt, so wird jener Richter über diesen Anspruch kompetent, wenn dieser widerklagend angebracht wird (252.). II) Wenn in dem angegebenen Falle der Anspruch des Beklagten einen besonderen ausschließenden Gerichtsstand für sich hat, so entsteht keine neue Kompetenz des Richters nachdem der Beklagte widergeklagt hat (252—253.). III) Wenn die Hauptklage bei einem ordentlichen besondern Gerichtsstande angebracht ist, freiwillig oder nothwendig, und die Widerklage als eine solche sich charakterisirt, welche, wenn sie eine gewöhnliche Klage wäre, bei dem Richter des gegnerischen Wohnortes hätte erhoben werden müssen, so wird der Richter der Hauptklage kompetent (253.). IV) Wenn unter der gleichen Voraussetzung der Anspruch des Beklagten an einen besondern Gerichtsstand ressortirt, und dieser mit dem Gerichtsstand des Wohnortes elektiv konkurrirt, so wird der Richter der Hauptklage kompetent (253.). V) Ist dagegen in diesem Falle der Gerichtsstand für den Anspruch des Beklagten ausschließend, so wird der Richter der Hauptklage nicht kompetent (253.). Hierher gehört auch der Fall, wenn der Anspruch, welcher bei einem gewissen Richter A. durch eine Widerklage geltend gemacht werden soll, mit einer bei einem andern Richter B. anhängigen Streitsache in einem solchen Zusammenhange steht, daß er ohne Nachtheil von ihr nicht getrennt werden kann (253—254.). VI) Wenn der Anspruch des Beklagten zwar einen ausschließenden besondern Gerichtsstand für sich hat, der Richter der Hauptklage aber darüber zufällig bereits kompetent

ist, so kann bei ihm widergeklagt werden (254.). — Von dem außerordentlichen dinglichen Gerichtsstand (254—256.).

§. 28. Die Lehre Faber's, daß ein mit einer dinglichen Klage Belangter niemals widerklagen könne (256—261.). Widerlegung (261—275.).

§. 29. Hinsichtlich der Person des Widerbeklagten ist der Gerichtsstand der Widerklage so stark, daß er jene beinahe immer ergreift (275.). Er überwindet den befreiten oder privilegirten Gerichtsstand der Personen (275—276.). Von seinem Verhältnisse zum Gerichtsstande der Geistlichen, namentlich bei Katholiken (276—304.). Bei den Protestanten (304—306.).

§. 30. Die privilegirten Gerichtsstände vor weltlichen Gerichten (206—307.), insbesondere der Militärpersonen (307.), der akademischen Personen (307—308.), der Gesandten und diplomatischen Agenten (308—309.).

§. 31. Erörterung, ob und wann der Richter eines priviligirten Beklagten über einen nicht privilegirten und von Jenem widerbeklagten Kläger kompetent werde (309—314.).

Dritter Abschnitt.

Vom Gegenstande der Widerklage (315—394.).

§. 32. Begriff des Gegenstandes (315.). Der Gegenstand muß hinsichtlich seiner Qualität und Quantität betrachtet werden. In quantitativer Hinsicht sind besonders vier Eigenschaften des Gegenstandes zu bemerken: 1) die Klagbarkeit, 2) die Nichtidentität mit dem Gegenstande der Hauptklage, 3) die Konnexität mit dem letzteren, und 4) die Verträglichkeit mit dem Zwecke des Institutes und den Prozeßgrundsätzen (315.).

§. 33. Die Klagbarkeit (315—316.).

§. 34. Die Nichtidentität (316—322.).

§§. 35. 36. Die Konnexität (322—339.).

§. 37. Verbote der Widerklage wegen Unverträglichkeit mit dem Zwecke und der Natur des Institutes und den Prozeßgrundsätzen (339—340): I) Die übermäßige Häufung von Widerklagen (340.). II) die zu verwickelte und weitaussehende Widerklage (340—345.), III) die Widerklage in einer andern Prozeßart, als die Hauptklage (345—347.), IV) Präjudizielle Klagen (347—348.), V) Widerklagen im Strafprozesse (348—351.), VI) Widerkla-

gen gegenüber den Hauptklagen aus Civil- oder Privatvergehen (351—357.), Ausnahmen (357—364.). VII) Widerklage gegenüber der actio depositi (364—372.), VIII) Fiskalische Forderungen (372—376.).

§. 38. Von der Quantität des Widerklage-Gegenstandes. Die Widerklage ist an eine relative Quantität nicht gebunden (377.), und zwar sowohl bei generisch ungleichen und nicht fungiblen Sachen (377—378), als bei generisch gleichen und fungiblen (378—386.).

§. 39. Erörterungen einiger Anstände. Die Einrede der Kompensation, welche so oft mit der Widerklage verbunden ist, kann von ihr selbst dadurch nicht getrennt werden, daß jene unterlassen, und diese allein auf den Ueberschuß angestellt wird (387—389.).

§. 40. Bei generisch gleichen und fungiblen Sachen involvirt das Verbot der Kompensation die Unzuläßigkeit der Widerklage (389—392.). Der an die Widerklage ressortirende Ueberschuß darf auch dann nicht zu einer Einrede geschlagen werden, wenn es verboten ist, zu klagen (392—394.).

Vierter Abschnitt.

Von dem Prozesse oder Verfahren bei der Widerklage (395—425.).

§. 41. Identität und Gleichzeitigkeit des Prozesses, und doch zwei Rechtsstreite. Die Identität des Richters ist nur ein Theil der Identität des Prozesses (395—396.). Folgen der Identität (397.). Gesetze (397—399.).

§. 42. Relation der Haupt- und der Widerklage. Jene geht dieser voraus (399—401.) Bedeutung der Prävention bei zwei Klagerechten (401.). Die antizipirte Widerklage (401—403.).

§. 43. Wann ist die Widerklage anzustellen? (403.) Irrige Meinungen (403—407.). Richtige Lehre (407—411.).

§. 44. Freie Disposition über die Widerklage von Seite des Widerklägers (411—412.). Etwaiger Einfluß der Provokation (412—413.). Zwang im Konkursprozesse (413—414.). Freiheit des Widerklägers im Verlaufe des Prozesses (414.). Verhältniß des Widerbeklagten (415—416.).

§. 45. Kautionen (416—424.).

§. 46. Mögliches Auseinanderweichen der Haupt- und Widerklage. Abfertigung der Frage: ob der Widerbeklagte nach Aufgebung seiner Klage selbst widerklagen dürfe? (424—425.).

Erster Abschnitt.

Einleitung, Begriff, Begründung, Quellen und Literatur der Widerklage.

§. 1.

Die Widerklage [1]) — (Gegenklage, Gegennothdurft, Gegenrecht, Widerrecht, reconventio, mutua petitio, reciproca actio [2]) ist ein altes, durch Erfahrung bewährtes, und im täglichen Leben häufig zur Anwendung kommendes Institut unseres Civilprozesses [3]).

1) Das Wort „Wider“ ist hier identisch mit „Gegen,“ und bezeichnet eine Oppposition. Die von Vielen beobachtete Schreibart „Wiederklage“ (mit einem e vor dem d) deutet aber auf die Vorstellung von einer Wiederholung hin, und ist sohin unrichtig.

2) Diese letztere Benennung kommt in den Gesetzen nicht vor, ist aber von einigen Rechtslehrern als passend vorgeschlagen. Vgl. **Huber praelect. juris civ. tom. II. lib. 11. tit. 2. Wernher observ. foreus. tom. I. part. 4. obs. 1. n. 3.**

3) Die sogenannte Rekrimination (*ἀντικατηγορία*) im Kriminalprozesse, mittels welcher ein Angeklagter seinen Ankläger eines Verbrechens beschuldigt, ist zwar der Widerklage einiger Maßen analog, widerstreitet aber dem teutschen Untersuchungsverfahren, weil es hier, in Beziehung auf den kriminellen Gegenstand, keine wahren Ankläger, sondern nur Anzeiger

Gleichwohl bleibt für dessen Bearbeitung noch Vieles zu wänschen übrig. Die alten Quellen erscheinen hier, wie noch in so vielen andern Materien, unvollkommen und unbefriedigend. Die Widerklage ist, ihrer natürlichen Bedeutung und Substanz nach, in denselben weder ganz und richtig erkannt, noch gehörig entwickelt, und bestimmt abgegränzt. Der Forscher sucht vergebens einen systematischen Zusammenhang, er stößt meistens nur auf Bruchstücke, und ist oft kaum im Stande, verlässig zu versichern, ob diese oder jene aufgefundene Stelle von der Widerklage oder einem andern Gegenstande, z. B. von der Kompensation, handle. Wenn auch die Sorgfalt Justinian's bis zu ihr gereicht und sie erweitert hat, so ist doch das Resultat immer noch nicht durchgreifend. Ueberdieß mangeln uns die Originale und Grundlagen seiner Neuerungen. Viele dunkle Aeusserungen, viele Lücken und Widersprüche durchziehen auf eine unerquickliche Weise die römischen, kanonischen und teutschen Bestimmungen, und ungeachtet aller Studien und Mühen bleiben noch erhebliche Zweifel stehen, ob das Wahre wirklich rein aus dem Alterthum herausgefunden sei. Auf die Theorie unserer Tage hat die Unvollkommenheit der Quellen sich vererbt. Grobe Irrthümer verunstalten die verschiedenen Dogmen, die Gelehrten streiten unter einander über die Prinzipien sowohl, als über die Folgerungen, und haben durch ihre

---

oder Denunzianten (zuvorkommende Anschuldigungszeugen) gibt. Vgl. L. 14. §. 6. Dig. de bonis libert. (38. 2.) L. 5. Dig. de publ. judiciis. (48. 1.) L. 2. Dig. ad. leg. Jul. de adult. coercend. (48. 5.) L. 154. Dig. de reg. jur. (50. 17.) LL. 1. 9. Cod. de his qui accus. (9. 1.) L. 1. Cod. de calumn. (9. 46.) Cujacii observ. lib. XX. cap. 7. Du Fresne glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis (Francofurti ad Moenum. 1710.), voce „recriminatio.“ Glück: ausführliche Erläuterung der Pandekten. (Erlangen 1790 ff.) Th. III. §. 205. — Unten §. 37. Nr. V.

Bemühungen die Sache oft mehr verwirrt, als enträthselt. Wenn nun die Theorie, als Intelligenz, den Beruf hat, die neuen Gesetze und die Praxis zu regeln, und ihnen den richtigen Geist und juristischen Takt eigen zu machen; so ist es, bei diesem Zustande, kein Wunder, daß auch hier die Kräfte in den mannigfaltigsten Divergenzen auf Abwegen sich zerstreut haben. Die neuen Gesetze in den teutschen Staaten liefern die sprechendsten Beweise, daß die Widerklage von ihnen großen Theils immer noch nicht verstanden wird. Die Praktiker vollends sind entweder ohne Theorie, oder sie können sich in dieselbe nicht schicken; sie handeln daher nach einem verwilderten Schlendrian, und nach ihrem rohen, sogenannten gesunden (?) Menschenverstande, auf Gerathewohl, oder sie geben die theoretischen Fehler in ihren Geschäften wieder. So wird der Sinn, wie der Zweck der Widerklage nicht selten verfehlt und das Institut zu einer Plage der Parteien und Gerichte herabgewürdigt. Die Rettung aus dieser Noth ist, nach unserem Ermessen, vordersamst von der besseren wissenschaftlichen Erkenntniß zu erwarten. Folglich ist eine neue Bearbeitung der Lehre von der Widerklage Bedürfniß, dessen Befriedigung wenigstens anzubahnen und vorzubereiten wir versuchen wollen.

§. 2.

Die zuerst zu beantwortende Hauptfrage ist: was unter Widerklage zu verstehen sei? Wenn aber je der bekannte Ausspruch des Javolenus [1]) sich bewährt: „Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit;“ so ist dieses hier der Fall, vorausgesetzt, daß wir uns die Freiheit nehmen dürfen, das Wort „definitio“ im modernen Sinne einer Begriffsbestimmung zu nehmen, und davon abzusehen, daß es vielleicht bei den römischen Klassikern eine andere Bedeutung gehabt haben mag [2]). Denn je nachdem

---

1) L. 202. Dig. de reg. jur. (50. 17.).
2) Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien (Greifswald 1826 ff.). Th. I. S. 335.

wir den Begriff stellen, müssen wir Folgerungen ziehen, welche entweder die ganze Rechtsmaterie der Widerklage verunreinigen und verwirren, vielleicht von ihr Nichts übrig lassen, als den bloßen Namen und Schein, oder welche der Natur derselben gehörig entsprechen. In den Gesetzen findet eine Definition sich nicht vor; auch gehört sie nicht in die Gesetze; sie muß also von der Theorie gegeben werden. Die Definitionen der Rechtslehrer aber sind häufig nur antiquarisch, und in Vergleichung mit dem jetzigen Stande unseres Civilprozesses unvollständig. So lehrt z. B. Schaumburg[3]): „Reconventio est reciproca actio, a reo in eodem foro contra actorem instituta, in quo hic contra illum experiebatur." Fischer[4]) gibt folgende Erklärung: „Wenn der Geklagte gegen den Kläger ein Recht geltend machen will, welches von der Art ist, daß es nicht bloß eine Einwendung hervorbringt, sondern durch eine Civilklage verfolgt werden kann; so steht ihm in der Regel frei, seine Klage bei jenem Gerichte, welches für dieselbe an sich kompetent ist, oder bei eben jenem Richter, bei welchem er belangt wurde, anzubringen. Wählt er das Letztere, so erhält seine Klage den Namen und Character einer Widerklage. — Es ist also die Widerklage eine von dem Geklagten gegen den Kläger, vor eben demselben Richter, vor welchem der Letztere geklagt hat, angebrachte Klage." — Leicht ist einzusehen, daß man nach dieser Definition jede Klage Widerklage nennen müßte, die Jemand gegen einen Andern, der ihn

---

3) Principia praxeos juridicae judiciariae (Jenae 1738.) part. I. lib. I. sect. 2. cap. 4. §. 1. Vgl. die übereinstimmenden Aeußerungen bei Glück: Erläut. der Pandekten. Th. III. §. 204.; Biener systema processus judiciarii et communis et Saxonici. Ed. Siebdrat et Krug (Berolini et Lipsiae 1834 seqq.) tom. II. §. 311.

4) Zeitschrift für die österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner, Jahrg. 1827. Bd. II. Hauptblatt v. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 123.

früher verklagt hat, bei dem Richter der ersten Klage anstellt, sei es auch nach vielen Jahren in einem besonderen Prozesse. Dieß würde wohl selbst auch Fischer, auf sein Gewissen gefragt, kaum zugegeben haben. Auch ist es unrichtig, daß jedes Recht, welches man durch eine Widerklage verfolgen kann, nach der Wahl des Berechtigten mittels einer Einrede vollständig zu erlangen ist, wie z. B. wenn die Forderung des Beklagten größer oder generisch verschieden, überhaupt nicht kompensirbar ist (§. 3.). Lauk[5]) definirt: „die Widerklage ist eine von dem Beklagten gegen den Kläger vor demselben (welchem?) Richter, während der Dauer des Rechtstreites über die Klage, angestellte Klage, wodurch der Beklagte seine Ansprüche gegen den Kläger geltend machen will.“ Die Gleichzeitigkeit der Verhandlung ist dabei höchst unbestimmt angedeutet, und der ganze letzte Satz hätte ohne Nachtheil wegbleiben können.

Wir nennen Widerklage diejenige Klage, welche einer andern, bereits rechtshängigen, Klage (Hauptklage, Vorklage, conventio) gegenüber, in dem nämlichen Prozesse (in eodem judicio) und vor dem nämlichen Richter (coram eodem judice v. in eodem foro), zum Behufe gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung (processus simultaneus), von dem Beklagten gegen den Kläger angestellt ist. In dieser Definition zeigen sich alle, den Begriff der Widerklage konstituirenden Elemente: ihr Bedingtsein durch eine rechtshängige Hauptklage, und ihre zwei Identitäten mit letzterer: die Identität der Hauptpersonen (der Parteien und des Richters), und die Identität des Prozesses (Verfahrens); aber auch drei Nichtidentitäten: die Nichtidentität der Parteirollen, der Streitgegenstände (da mit jeder Klage etwas Eigenes verfolgt werden muß), und der beiden Rechtsstreite, die hier miteinander verflochten werden (da zwei Klagen, zwei Litiskontestationen und also auch

---

5) Im Archiv für die civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 71.

zweierlei Kollisionen gegeben sind [6]). Diese Definition ist auch nicht bloß einseitig geschichtlich und römisch, sondern allgemein wissenschaftlich und praktisch, wie wir sie hier suchen, und wir glauben, damit die Grundlagen und Anknüpfungspunkte für unsere ganze Lehre gewonnen zu haben [7]).

Der Hauptklage gegenüber vereinigt die Widerklage die Charaktere der Abhängigkeit und Selbständigkeit in sich. Sie setzt die Hauptklage voraus, die Parteien und der Richter sind ihr durch diese prädestinirt, sie wird in den Prozeß der Hauptklage hineingezogen, sie hört auf, Widerklage zu sein, sobald in der Folge die Hauptklage wegfällt. Dagegen hat sie Selbständigkeit dadurch, daß die Parteirollen anders vertheilt sind, daß sie einen eigenen Gegenstand hat, und eine eigene Kollision begründet, daß sie nach weggefallener Hauptklage als gewöhnliche Klage fortbesteht, und daß jedes Widerklagerecht auch durch eine getrennte Klage geltend gemacht werden kann.

Die Widerklage ist übrigens bloß ein Produkt des Prozesses, und ihr Begriff ein formeller oder plastischer, dem gerichtlichen Verfahren angehöriger, der gleichwohl die Substanz des Civilrechtes affizirt. Kein Recht bringt einzig und allein eine Widerklage, wohl bringt aber jedes Recht regelmäßig eine Klage schlechtweg mit sich, die nach Umständen als Widerklage formirt, eingekleidet und in dieser äußern Modifikation geltend gemacht werden kann. Da demnach die Widerklage nur eine Form

---

6) Der besondere Gerichtsstand, vermöge dessen auch ein inkompetenter Richter über die Person des Widerbeklagten Kompetenz erlangt, gehört nicht zum Begriffe, sondern nur zu den positiven Folgen und Verstärkungen der Widerklage, da sie denselben möglicher Weise entbehren kann, und denselben wirklich in allen Fällen entbehrt, in welchen der Richter der Hauptklage über die Person des Widerbeklagten ursprünglich kompetent ist.

7) Unter den teutschen, oft theoretisch unrichtigen Landesgesetzen haben besonders die sächsischen die Widerklage entstellt und verrückt, und stehen mit dem hier gegebenen Begriffe im entschiedensten Widerspruch.

und Art des Klageweſens überhaupt iſt, ſo gilt von ihr in der Regel Alles, was von der Klage gilt [8]), ein Grundſatz, der aber namentlich dann Ausnahmen erleidet, wann es ſich von den beſondern Eigenthümlichkeiten der Widerklage handelt.

§. 3.

Die Widerklage iſt (abgeſehen von poſitiven Erfindungen) in der Gegenſeitigkeit ſtreitiger Anſprüche natürlich begründet [1]). Es muß ſich oft ereignen, daß Derjenige, welcher von einem Andern mit einer Klage angegriffen wird, auch von ſeiner Seite gegen Dieſen eine Forderung zu machen hat. Nun ſind zwei Fälle dabei möglich. Die Gegenforderung des Beklagten iſt 1) kleiner, als die klägeriſche Forderung, oder gleich groß, und überhaupt mit dieſer kompenſirbar, ſo daß, nach gepflogener Abrechnung, die Forderung des Klägers entweder vermindert oder gänzlich aufgewogen wird. Hier kommt es dem Beklagten zu, ſich nur zu vertheidigen, damit er nicht in einem ungebührlichen Umfang verurtheilt werde, oder damit er die Verurtheilung gänzlich von ſich abwende. Eine Verurtheilung des Klägers kann hier nicht bezweckt und erlangt werden. Der Beklagte bedient ſich daher lediglich einer Einrede [2]), und

---

8) LL. 80. 113. 147. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 34. de reg. jur. in VI. (5. 13).

1) Der Kirchenvater Tertullian (adversus Marcionem, lib. II. cap. 20.) erzählt uns einen Fall, der, nach Zeit und Ort betrachtet, bloß aus der Natur der Lebensverhältniſſe herausgewachſen iſt. Vgl. Tertulliani opera. (Recens. Semler. Halae Magdeb. 1770 seqq.) vol. I. pag. 100: „Reposcunt Aegyptii de Hebraeis vasa aurea et argentea: contra Hebraei mutuas petitiones instituunt, allegantes, sibi quoque — mercedes restitui oportere."

2) L. 2. pr. Dig. de except. (44. 1.): „Exceptio dicta est, quasi quaedam exclusio, quae (inter) oppoui

zwar namentlich der Einrede der Kompensation, welche im römischen Rechte lediglich aus Gründen der Billigkeit eingeführt wurde, und Anfangs in den judiciis stricti juris nicht Statt fand [3]). Sie besteht in der Behauptung des Schuldners, daß der Gläubiger mit Demjenigen, was er dem Ersteren selbst schuldet, bereits theilweise oder ganz bezahlt sei [4]). Der Anspruch des Beklagten kann 2) aber auch größer, als der Betrag der Klage, und seiner ganzen Ausdehnung nach mit diesem nicht kompensirbar sein, indem der Kläger Etwas leisten oder zu Etwas verurtheilt werden soll. Hier kann der Beklagte mit einer Einrede allein nicht zum Ziele gelangen, er muß angreifen, und klagen, bei einer größeren, aber qualitativ gleichen Forderung auf den Ueberschuß, bei einer unschätzbaren, oder generisch verschiedenen und nicht einmal theilweise kompensirbaren Forderung aber auf das Ganze. Der Beklagte kann diese Klage gegen seinen Kläger in einem besondern und getrennten Prozesse durchführen, die Umstände können dieses sogar nothwendig oder doch räthlich machen; allein es kann auch zweckmäßig und billig sein, diese Klage des Beklagten sogleich in dem Prozesse über die

---

actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est." Nach andern Lesarten: „ad cludendum" — „ad eludendum." Vgl. Corp. jur. civ. Ed. fratres Kriegelii (Lipsiae 1833), leg. cit. Die reconventio exceptionis ist ein Unsinn der frühern Schule. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 2. §. 5.

3) §. 30. Inst. de action. (4. 6.). L. 18. Dig. de compens. (16. 2.) L. 36. Dig. de administ. et peric. tut. (26. 7.) L. 5. Cod. de compens. (4. 31.). Cujacii observ. lib. VIII. cap. 16. Hasse im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VII. Nr. IX. S. 155. Krug: die Lehre von der Kompensation (Leipzig 1833). §§. 6. 12. ff.

4) Krug: a. a. O. §. 32.

Klage des Klägers zu erheben und zuzulassen, beide Klagen, besonders wenn sie materiell konnex sind, formell durch das nämliche gleichzeitige Verfahren zu verbinden, und auf ein Mal mit einander die beiderseitigen Ansprüche zu erledigen. Diese Sachenlage und diese Motive geben der Widerklage ihr Dasein in der Idee, und einen Titel, um die Einführung in das positive Recht zu verlangen [5]). Immer aber bleibt sie nur eine billige Ausnahme von dem strengen Rechte, welches erfordert, daß jede Partei nur eine einzige Rolle übernehme, und jede Klage einen eigenen und ausschließenden, von dem Klage-

---

5) Im Kanton Bern sind die Widerklagen ausdrücklich verboten, aus folgenden Gründen: „In einer Widerklage vertheidigt sich (?) der Beklagte nicht allein gegen die Klage, sondern er nimmt selbst Rechte gegen den Kläger in Anspruch, und trägt in dem Schlusse derselben darauf an, daß dieser nicht allein mit seinem Schlusse abzuweisen (?), sondern noch überdieß zu einer Leistung zu verurtheilen sei, wodurch der Prozeß ungemein (?) verwickelt wird. Dieses Verbot bestätigt also den Grundsatz des vaterländischen Rechts, daß keine Schuld die andere bezahle, wenn nicht die Anforderung und die Gegenforderung aus dem gleichen Geschäfte entspringen, und also eigentliche **actiones contrariae** sind, oder die Parteien beidseitig in die Kompensation eingewilligt haben; in welchen Fällen sich der Beklagte nicht durch eine Widerklage, sondern durch eine Schutzbehauptung (Einrede) vertheidigen muß." Vgl. Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen für den Kanton Bern. Mit Anmerkungen von Schnell (2. Aufl. Bern 1835): Satzung 77. S. 91 u. 93. Die Ansicht ist aber unrichtig, weil die Widerklage, wenigstens zum Theil, als Vertheidigungsmittel betrachtet, und mit der Einrede der Kompensation verwechselt wird, weil sie nicht regelmäßig den Prozeß ungemein verwickelt, weil auch die **actio contraria** als Widerklage vorkommen kann, und der Beklagte nicht immer im Stande ist, mit einer Einrede sich vollständig zu helfen. Nach der schleswig-holsteinischen Landgerichts-Ordnung von 1636, Th. III. Tit. 10. war die Widerklage bloß gegen Ausländer und Nichtangesessene erlaubt. Hennings: die Zulässigkeit der Widerklage. S. 1. Oesterley: üb. d. Kaution für d. Widerklage. S. 46.

wesen des Beklagten rein gehaltenen, Prozeß habe (§. 10. Nr. IV. §. 25.)

Die Leser mögen schon aus diesen kurzen Andeutungen ermessen, wie sehr und auf welche Art die Widerklage von der Einrede der Kompensation sich unterscheide. Nicht weniger verschieden ist sie auch von der sogenannten Nachklage. Die Widerklage wird in dem über die Hauptklage rechtshängigen Prozesse erhoben, gleichzeitig und in den nämlichen Akten verhandelt und entschieden; die Nachklage dagegen folgt einer andern Klage erst in einem längern Zwischenraume hintenher nach, in der Regel erst dann, wenn diese entschieden ist, indem sie früher meistens eine unzulässige libelli mutatio sein würde; sie bringt einen eigenen neuen Prozeß und getrennte Akten mit sich. Die Widerklage kann nur in der nämlichen Prozeßart, wie die Hauptklage, behandelt werden; die Nachklage ist in dieser Art von der Vorklage nicht abhängig, und wird sich meistens zur unbestimmten summarischen Prozeßart eignen. Die Widerklage kann immer nur ein Beklagter gegen seinen Kläger anstellen; die Nachklage kann sowohl der Vorkläger gegen seinen Vorbeklagten, als der Vorbeklagte gegen seinen Vorkläger erheben. Jenes ist z. B. der Fall, wenn in dem ersten Prozesse die Quantität der Leistung nicht angegeben werden konnte [6]), und wenn der Kläger, nachdem über die Verbindlichkeit des Beklagten, vorbehaltlich der noch zu liquidirenden Summe, rechtskräftig entschieden ist, in einer sogenannten Liquidationsinstanz den numerären Betrag ausklagt; der zweite Fall tritt ein, wenn eine den Beklagten infamirende Klage als grundlos abgewiesen ist, und dieser hintenher, mit dem Urtheile in der Hand, den Kläger wegen einer Injurie belangt. Die Widerklage braucht nicht mit der Hauptklage materiell konnex zu sein; die Nachklage dagegen ist mit der Vorklage

---

6) Linde: Lehrbuch des teutschen gemeinen Civilprozesses (4. Aufl. Bonn 1835). §. 191. Note 5.

materiell konnex, indem sie aus derselben Etwas nachholt, oder aus ihr hervorgeht; sie ist ein Theil, eine Fortsetzung (der Schweif, die Nachgeburt) der Vorklage. Die Widerklage endlich begründet durch ihren Namen, deßhalb, weil sie Widerklage ist (als Substantivum), einen ungewöhnlichen accessorischen Gerichtsstand bei dem Richter der Hauptklage (forum reconventionis), und dieser wird über die Person des Klägers kompetent, weil er widerbeklagt wurde, nicht über die Sache, weil darauf eine Widerklage erhoben ist; die Nachklage aber ressortirt an den Richter der Vorklage vermöge des Prädikates Konnex (forum continentiae causarum ex connexitate), und eine Kompetenz über die Sache wird begründet [7]).

§. 4.

Die Rechtslehrer sind darüber uneinig, ob und wie weit die Widerklage schon im ältern römischen Rechte bekannt und erlaubt gewesen sei. Diese Uneinigkeit ist bei den mangelhaften und dunklen Quellen über das Alterthum leicht begreiflich.

Das römische Verfahren war anfänglich durch die legis actiones und später durch die formulae charakterisirt. Die treffenden Nachrichten theilt Gajus im vierten Buche seiner Kommentare mit.

Schon zur Zeit der legis actiones zerfiel der ganze Prozeß in zwei Haupttheile: in die Verhandlung vor dem Magistrat (in jure) und vor dem judex (in judicio). Die legis actiones wurden vor dem Magistrate vorgenommen; sie bestanden in symbolischen Handlungen und fest bestimmten Wechselreden der Parteien und des Magistrats, durch welche Jene über das Streitige sich erklärten, Dieser die Sache für den judex vor-

---

7) Widerklage und Nachklage sind besonders verwechselt in „der Statt Frankfurt am Mayn erneuerten Reformation“ von 1578. Th. I. Tit. 21 (§. 12. Nr. III.).

bereitete [1]). Die strenge Abgemessenheit dieser Rechtsflege erforderte, daß nur eine Klage in das judicium gezogen werde. Die Billigkeit hatte damals noch nicht festen Fuß gefaßt, nicht einmal Einreden waren zulässig [2]). Wir können also annehmen, daß zur Zeit der legis actiones die Widerklage noch nicht vorkam.

Nachdem die legis actiones durch die lex Aebutia und durch zwei leges Juliae abgeschafft waren, kamen die formulae auf [3]). Der Kläger mußte sich wieder zuerst an den Magistrat wenden; hier, in jure, wurde der Streitpunkt ermittelt, der Prozeß vorbereitet und organisirt, die Parteien erklärten sich wechselseitig in einer freien Weise durch kurze Vorträge (postulationes), und unterwarfen sich durch den Schlußakt der litis contestatio den magistratischen Verfügungen. Von Seite des Magistrates wurde der judex ernannt (judicis datio) [4]) und instruirt, und die Sache sogar bedingt entschieden. Das ganze Resultat wurde zusammen gefaßt in der formula, welche den Mittelpunkt dieser neuen Prozeßform bildete. Die formula bestand in einer, vom Prätor verfaßten, schriftlichen Instruktion des judex, in welcher das streitige Verhältniß, der allgemeine Rechtsatz, und mit größerer oder geringerer Bestimmtheit — die Art und Größe der condemnatio ausgesprochen waren, und der judex mit der Untersuchung und Entscheidung beauftragt wurde. Vor dem judex (in judicio) wurde der Prozeß auf der in jure gewonnenen und in der formula ausgesprochenen Grundlage verhandelt und abgeurtheilt [5]).

---

1) Bethmann-Hollweg: Handbuch des Civilprozesses. Abth. I. Bd. I. (Bonn 1834). §. 1. S. 5.

2) Gaji comment. lib. IV. §. 108.

3) Gaji comment. l. c. §. 30.

4) L. 3. Dig. de jurisdict. (2. 1.).

5) Keller: über Litis-Contestation und Urtheil, nach klassischem römischem Recht (Zürich 1827). §§. 1 u. 7. Bethmann-Hollweg: Handb. d. Civilproz. Abth. I. Bd. I. §. 1. S. 15. ff.

Nach Fabers [6]) Vorstellung war für eine in judicio erhobene Widerklage der judex gar nicht kompetent, weil er bloß zur Erledigung der Klage des Titius gegen den Sempronius, nicht umgekehrt des Sempronius gegen den Titius beauftragt war, weil er sich an seinen Auftrag und die formula genau halten mußte, und über ihren Inhalt hinaus gar keine richterliche Gewalt hatte [7]). Der Beklagte konnte zwar seinen Kläger auch angreifen, aber mit einer besondern Hauptklage, und in einem neuen, vom Magistrate ordinirten, judicium [8]). Konnte gleich bisweilen der nämliche judex bestellt werden [9]), so trat doch immer ein neues judicium (Verfahren) ein [10]). Die Identität des judex (eadem persona judicis v. idem forum) enthält keineswegs immer ein identisches judicium [11]).

---

6) Conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 5.

7) Seneca de beneficiis, lib. III. cap. 7: „Ideo melior videtur conditio causae bonae, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit.“ L. 75. Dig. de judiciis (5. 1.). L. 25. §. 8. Dig. de aedil. edicto (21. 1.). L. 3. Cod. de pedan. jud. (3. 3.). L. 1. Cod. si a non compet. jud. (7. 48.). Hasse im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VII. S. 169. Note 22. S. 179.

8) L. 18. §. 4. Dig. commod. (13. 6.).

9) L. 11. §. 1. Dig. de jurisdict. (2. 1.). L. 22. Dig. de judiciis (5. 1.). LL. 1. 2. Dig. de quib. reb. ad eund. jud. eatur (11. 2.).

10) L. 23. Dig. de judiciis (5. 1.).

11) L. 76. Dig. ibid. Donelli comment. de jure civ. lib. XVII. cap. 3. §. 3: „Judicium dictum potissimum a sententia, qua judicatur. Nam sententia est pronunciatio judicis rei controversae finem imponens, eum unde petitur vel condemnando, vel absolvendo. Hoc autem facere pronunciando judicare est. Unde res judicata dicta, quae hac pronunciatione finem accepit. Cf. L. 1. Dig. de re jud. (42. 1.). Sed cum haec sententia atque hoc judicium sine causae cognitione praecedente

Faber's ganze Beweisführung ist indessen doch unvollständig, und nicht geeignet, eine gründliche Ueberzeugung und Belehrung zu bewirken. Er hat gar nicht untersucht, ob denn nicht der Beklagte bereits in jure habe bewirken können, daß der judex auch zur Behandlung seiner Widerklage vom Magistrat ermächtigt und kompetent gemacht werde, und ob die judicis datio und ordinatio judicii für beide Klagen zugleich nicht der so hoch in Ehren gehaltenen aequitas entsprochen haben [12]). Der Beklagte hätte nur seine Widerklage in jure vor der litis contestatio anmelden müssen; dann wäre es dem Magistrate zugekommen, die Formel in ihren Theilen zu verdoppeln, und nicht nur für die Klage, sondern auch für die Widerklage eine demonstratio, intentio, adjudicatio und condemnatio zu entwerfen [13]). Bei den judiciis bonae fidei war dieses wegen der Befugniß des Richters, von Amtswegen und nach Billigkeit zu verfahren, vielleicht

---

esse non possit, quo de re in hanc aut illam partem judex statuat; nec cognitio esse possit, nisi ex inductione et tractatione causae, ex qua jura litigatorum judex audiat et cognoscat: eo fit, ut judicium eas quoque partes ad se trahat, sine quibus judicium esse non potest." — §. 8. l. c: „Constat omne judicium his rebus, quatuor velut partibus, vel potius causis: personis ad judicium pertinentibus, rebus in judicium deductis, forma et ordine actionis, fine agendi." Vgl. auch Cap. 10. X. de verb. signif. (5. 40.) und Lancelotti instit. jur. can. lib. III. tit. 1: „Judicium est discussio causae, quae fit in foro coram judice." Den Unterschied zwischen judex und judicium will wohl auch Hasse, im Archiv f. d. civilist. Praxis, Bd. VII. S. 170, Note 22, bezeichnen, wo er sagt: „Wenn der Magistrat den Titius heute für die eine, und morgen den Titius für die andere Sache zum judex bestellte, so war dieß juristisch gar nicht idem judex" (sollte heißen: idem judicium). — Unten §. 28.

12) L. 38. pr. Dig. mand. (17. 1.) Vgl. unten §. 7. Nr. III.

13) Gaji comment. lib. IV. §§. 30. 125. Arg. §. 30. Inst. de action. (4. 6.).

gar nicht nöthig [14]). Gajus, dessen Kenntniß Faber entbehrte, veranlaßt uns noch zu einer andern Konjektur. Brachte nämlich der Beklagte die Widerklage erst nach der litis contestatio in judicio vor, so hätte er vielleicht, wie bei der Kompensation, gegen die Formel, als formula iniqua, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen, und noch mit seinem Rechte aufkommen können [15]). Diesem argumentum a minori ad majus steht zwar bei Gajus der Satz im Wege: „ut minuatur condemnatio“; denn mit einer bloßen minutio der Klagesumme ist bei der, auf einen Ueberschuß gehenden, Widerklage nicht geholfen [16]); allein auch bei einer Kompensationssumme, die der Klagesumme gleich ist, reicht die minutio nicht aus, da letztere gänzlich absorbirt werden soll, und, ohne schreienden Verrath gegen die prätorische Billigkeit, können wir nicht annehmen, daß Kompensationen nur allein unter dem Niveau zulässig gewesen seien. Der Jurist mag also nur deswegen gesagt haben: „ut minuatur condemnatio“, weil die minutio bei Kompensationen das häufigere Vorkommen für sich hat, und nur in den seltneren Fällen Anforderung und Gegenforderung rein gegen einander aufgehen [17]); und wenn uns der Ausdruck nicht hindert, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine formula iniqua anzunehmen, damit durch eine gleiche Gegenforderung die condemnatio erreicht wird, so können wir auch noch etwas

---

14) Gaji comment. l. c. §§. 61 — 63. §. 30. Inst. cit. Tigerström de judicibus apud Romanos (Berolini 1826.) §. 15.

15) Gaji comment. l. c. §. 57. Vgl. auch L. 8. Cod. de except. (8. 36.). Zu weit geht indessen Tigerström a. a. O. pag. 115.

16) Auch im §. 30. Inst. de action. (4. 6.) heißt es: „Sed nostra constitutio easdem compensationes — latius introducit, ut actiones ipso jure minuant.“

17) LL. 3 — 5. Dig. de. legib. (1. 3.) L. 64. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

weiter gehen, und uns die Zulässigkeit derselben bei einer überschüssigen Gegenforderung denken (ut condemnatio superetur). — Faber hat ferner übersehen, daß die judicis datio dem Magistrat nur erlaubt, nicht geboten war [18]), und daß derselbe sohin unmittelbar selbst über zwei Klagen zugleich erkennen konnte. Die sogenannten causae notionis v. cognitionis praetoriae mußten sogar von dem Prätor abgeurtheilt werden [19]); wenn daher eine Klage des Klägers und eine Klage des Beklagten gegen den Kläger dieser Cognition unterworfen waren, so lag die Behandlung der letzteren als Widerklage im näm-

---

18) Donelli comment. lib. XVII. cap. 6. §. 11. cap. 10. §. 16. cap. 21. §. 3. Der Magistrat hätte die Gerichtsbarkeit an einen judex gar nicht übertragen können, wenn er sie nicht selbst gehabt hätte. L. 4. §. 6. Dig. de officio procons. (1. 16.). L. 54. Dig. de reg. jur. (50. 17.). L. 2. Cod. de pedan. jud. (3. 3.). Vgl. hierzu Donelli comment. lib. XVII. cap. 22. §. 6: „An videntur haec cohaerere? Nam qui ipsi non potuerunt cognoscere, id est esse judices, quomodo in his causis judices dare potuerunt? Bene Accursius haec verba: non possent, sic accepit, non possent propter facti impedimentum. Et ita est. Ambigua enim haec verba sunt, quae pariter et ad jus et ad factum possunt referri. Ad jus, ut sit sententia, in quibus non possent jure praesides cognoscere. Ad factum, ut significetur, non potuisse eos cognoscere, non jure impeditos, sed facto, puta absentia, valetudine, aut occupationibus. Prius accipi non potest, esset enim absurdissima sententia, praesides, qui ipsi cognoscere, id est judices esse, jure non poterant, judices nihilominus dare potuisse, ac pro ea potestate dedisse. — Relinquitur igitur alterum, ut scilicet constitutio sic accipiatur, praesides ideo dedisse judices in certo genere causarum, quod ipsi cognoscere non possent, justis occupationibus aut alio quovis avocamento impediti.“ In L. 28. Dig. de re jud. (42. 1.) wird sogar der Magistrat judex competens genannt.

19) L. 1. §. 2. Dig. de rei vind. (6. 1.). L. 3. §. 3. Dig. de liber. exhibend. (43. 30.). Donelli comment. l. c. §§. 9. 10.

lichen Prozesse sehr nahe. Bei den extraordinariis judiciis endlich kam es auf die conceptio formulae nicht an[20]), und mit dem endlichen Sinken der formula und judicis datio, als die Magistrate, welche früher nur ausnahmsweise Streitsachen zu Ende führten, regelmäßig in diese Funktion eintraten, hörten ohnedieß die Gründe auf, aus welchen Faber seine Meinung ableitet[21]).

Nach der Ansicht eines andern Rechtsgelehrten, Hefftter's[22]), konnte der mit einer actio bonae fidei angegriffene Beklagte Gegenforderungen aus demselben Geschäfte, welches der Klage zum Grunde lag, in eodem judicio nur (kompensirend) zum Behufe seiner Freisprechung (also nur durch Einreden und bis zum Betrage der klägerischen Forderung), nicht zum Behufe der Verurtheilung des Klägers (widerklagend und über die Klagsumme hinaus) geltend machen. Betrug seine Forderung mehr, und wollte er eine Verurtheilung des Klägers bewirken, so mußte er angeblich eine besondere Hauptklage erheben. Dafür beruft sich Heffter vorerst auf die L. 18. §. 4. Dig. commod. (13. 6.). Gajus lib. 9. ad edict. provinc.: „Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat: aut judex pensationis rationem non habeat: aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.“ Das Gesetz handelt von den Auslagen oder Verwendungen, welche der

---

20) Pauli recept. sent. lib. I. tit. 4. §. 8. b.

21) §. 8. Inst. de interdict. (4. 15.). Tit. Cod. de formul. (2. 58.). L. 2. Cod. de pedan. jud. (3. 3.). Nov. 60. cap. 2. Auth. Ad haec. Cod. de jud. (3. 1.). Donelli comment. l. c. §. 15. seq. Bethmann-Hollweg: Handbuch d. Civilproz. Abth. I. Bd. I. §. 2. S. 30 ff. §. 13. S. 149 ff.

22) Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. X. S. 210.

Kommodatar auf die kommodirte Sache gemacht hat, und von den Mitteln, jene im Rechtswege vom Kommodanten zu erlangen. Gajus nimmt nun an: 1) der Kommodant habe bereits die actio commodati directa auf Herausgabe der kommodirten Sache oder vielmehr auf ihre aestimatio [23]) erhoben, und dem Kommodatar stehe eine Gegenforderung wegen der Verwendungen zu, die kleiner oder gleich groß ist, als die aestimatio der Sache. In diesem Falle stehen dem Beklagten zwei Wege offen. Er kann nämlich in dem Prozesse seine Gegenforderung verschweigen, und in einem eigenen Prozesse die actio commodati contraria anstellen; denn eine Thatsache, die man zu einer Einrede benützen kann, darf man auch in der Regel mit einer Klage anbringen. Widerklagen (in eodem judicio) kann der Beklagte hier nicht, weil der Mehrfordernde Kläger zu einer Herauszahlung nicht verurtheilt werden, und ihn kein schlimmeres Loos treffen kann, als die gänzliche Abweisung, auf welche keine Klage geht. Der Beklagte darf aber auch seine oben erwähnte Gegenforderung in dem, vom Kläger durch die actio directa anhängig gemachten, Prozesse geltend machen, und sie so in das rectum (d. h. directum, actionis directae) judicium ziehen, indem er kompensirt [24]). Dieß will der Satz sagen: „Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis.“ In

---

23) Gaji comment. lib. IV. §. 48. „Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est; itaque etsi corpus aliquod petamus — judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat.“ Vgl. L. 2. §. 1. Cod. de constit. pecun. (4. 18.)

24) Bei dem Kommodat, da es zu den judiciis bonae fidei gehörte, war zu Gajus Zeiten Kompensation zulässig. Gaji comment. lib. IV. §§. 61—63. Vgl. L. 156. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

einer Paraphrase lautet dieses etwa so: Quod autem reus in novo judicio, ope actionis contrariae seorsim motae, contra actorem litis pristinae consequi potest, id etiam in eodem judicio, quod jam actione directa adversarii constitutum est, reus exceptione compensationis opposita salvum habere valet. Gajus nimmt nun 2) drei andere Fälle an, die durch das Wort „Sed" als dem ersten entgegengesetzt bezeichnet werden. Er denkt sich a), der Kommodatar habe wegen seiner Auslagen eine Gegenforderung, welche die eingeklagte aestimatio der kommodirten Sache übersteigt. Hier ist eine Einrede das unrechte Mittel, weil der Beklagte nicht über das Niveau der Klagesumme hinaus kompensiren, und durch ein bloß defensives Verhalten keine Verurtheilung des Klägers bewirken kann. Hier muß also der Beklagte klagen („dicemus necessariam esse contrariam actionem"). Gajus verbietet aber dabei weder, die actio contraria als Widerklage in dem judicium der actio directa anzubringen, noch setzt er fest, daß die actio contraria getrennt in einem eigenen judicium anzustellen sei; es ist vielmehr von dem judicium jetzt gar keine Rede mehr. Hat b) der Beklagte die Einrede der Kompensation angebracht, der Richter hat sie aber materiell gar nicht beachtet, so wird der Zweck derselben in diesem Prozesse nicht erreicht, und folglich muß ihr Inhalt als Klage (in einem andern Prozesse) vorgeführt werden [25]). Wenn c) der Kommodatar wegen Auslagen auf die kommodirte Sache eine Gegenforderung hat, und sie realisiren möchte, der Kommodant aber gar nicht gegen ihn geklagt hat, weil ihm, wegen zufälligen Untergangs oder bereits erfolgter außergerichtlicher Restitution der kommodirten Sache, ein Klagerecht nicht mehr zusteht; so kann der Kommodatar sich weder

---

25) L. 8. §. 2. Dig. de negot. gest. (3. 5.). L. 7. §. 1. Dig. de compens. (16. 2.). L. 1. §. 4. Dig. contr. tut. (27. 4.). Unten §. 38.

mit einer Einrede, noch mit einer Widerklage helfen, weil beide eine Klage des andern Theils voraussetzen; also ist er wieder auf die actio contraria und einen eigenen Prozeß angewiesen. Aus unserer L. 18. §. 4. kann daher Hefftter's Ansicht nicht vertheidigt werden.

Andere angezogene Stellen beweisen ebenfalls nicht, daß im römischen Rechte ehemals die Widerklage unzuläßig war. Im §. 30. Inst. de action. (4. 6.) wird gesagt: „In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat: in quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.“ Hier wird nur von der Kompensation, nicht von der Widerklage gesprochen. Der Satz: „si quid invicem praestare actorem opporteat„ bezeichnet nicht eine Nothwendigkeit, den Kläger zu verurtheilen, wobei eine Widerklage vorausgesetzt werden müßte, sondern geht nur auf eine Verbindlichkeit des Klägers (si quid invicem debeat). Da die Kompensation in dem Gesetze erlaubt wird, so ist es unrichtig, wenn man daraus auf ein (stillschweigendes!) Verbot der Widerklage schließt und behauptet, eine unter der Klagesumme stehende oder ihr gleich kommende Gegenforderung habe in dem judicium der Klage durch Kompensation realisirt werden können, einer größeren Gegenforderung (und sohin auch einer Widerklage) sei dieses judicium verschlossen gewesen. Da hätte sich der quantitativ minder Berechtigte in einer bessern Lage befunden, als der mehr Berechtigte! Der Vollständigkeit wegen sind auch einige §§. aus Gajus abzufertigen: Gaji comment. lib. IV. §. 63: „In his (bonae fidei judiciis: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae, commodati) quidem judici nullo modo est injunctum, compensationis rationem habere: neque

enim formulae verbis praecipitur; sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri creditur.“ §. 64: „Alia causa est illius actionis, qua argentarius experitur; nam is cogitur cum compensatione agere, ita ut compensatione verbis formulae comprehendatur: itaque argentarius ab initio compensatione facta minus intendit sibi dare oportere: ecce enim si sestertium X milia debeat Titio, atque ei XX debeat Titius, ita intendit: si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius, quam ipse Titio debet.“ §. 65: „Item debet cum deductione agere velut bonorum emptor, ita, ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest deducto eo, quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur.“ Nachdem die Unterſchiede zwiſchen compensatio und deductio erklärt ſind fährt Gajus (§. 68.) fort: „Praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur: quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat, et ob id rem perdat. Deductio vero ad compensationem ponitur, quo loco plus petendi periculum non intervenit, utique bonorum emptore agente, qui, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.“ Die Widerklage finden wir weder erwähnt, noch auch nur von der Ferne angedeutet. Immer iſt eine kleinere Gegenforderung des Beklagten vorausgeſetzt, nach deren Abzug von der Klagſumme noch ein Reſt der letzteren übrig bleibt; immer iſt nur von Kompenſation und deductio die Rede, welche eine erweiterte Kompenſation iſt, indem ſie auch bei generiſch verſchiedenen Gegenſtänden (durch aestimatio) und bei zukünftigen Anſprüchen (id quod in diem debetur) Anwendung findet [26]). Der Satz: „deductio ad con-

---

26) Gaji comment. lib. IV. §§. 66. 67. In den Quellen wird an andern Orten deductio nicht in dieſer ſtreng techniſchen Bedeutung, ſondern im gemeinen populären Wortverſtande eines Abzugs gebraucht, wohl auch mit der Kompenſation identifizirt,

demnationem ponitur," bedeutet nicht, daß mit der deductio eine Verurtheilung des Klägers, wie mit einer Widerklage, habe bewirkt werden können, sondern es wird damit vorgeschrieben, die deductio solle auf denjenigen Theil der formula bezogen werden, welcher condemnatio hieß [27]). Die weiter von Hefftter angeführte L. 38. Dig. de hered. petit. (5. 3.) ist vollends für uns von gar keinem Belange.

§. 5.

Wir nehmen sofort an, daß zur Zeit der formulae, wenigstens in den judiciis bonae fidei, und nach Einführung der Kompensation durch Marcus Aurelius (161 — 176 nach Chr. G.) [1]) auch in den judiciis stricti juris, die Widerklage in dem römischen Rechte vorgekommen, und weniger beschränkt gewesen sei, als man sich oft vorstellt. Bergen läßt sich aber auch nicht, daß die altrömische Widerklage die Eigenthümlichkeiten eines erst im Stadium des Wachsens und Werdens befangenen Gebildes hatte. Sie zeigte sich in einem noch rohen, unreinen Zustande, und unvollendet in ihrer systematischen Ausbildung, obgleich die prädestinirte Zukunft schon in ihr schlummerte. Unsere Definition (§. 2.), welche das Institut in seiner vollen Idee und Geschlossenheit auffaßt, kann daher auch nicht auf jene Antiquität bezogen werden. Für zu unbestimmt und unreif hält aber doch Hennings [2]) die römische Widerklage. Denn er erkennt in ihr nur etwas der

---

oder es wird darunter eine Kompensation eines Theils einer Forderung verstanden, während die compensatio als eine Forderung gänzlich aufhebend gedacht werden soll. L. 51. pr. Dig. famil. ercisc. (10. 2.) L. 38. §. 2. Dig. de pecul. (15. 1.) L. 41. §. 1. Dig. de legat. II. (31.) L. 11. pr. Cod. depos. (4. 34.) et glossa ad l. cit.

27) Gaji comment. l. c. §. 43.

1) Zimmern: Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian. Bd. I. (Heidelberg 1826) §. 51.

2) Die Zuläßigkeit der Widerklage. S. 21. f.

jezigen Widerklage Aehnliches, eine bloß abgekürzte Verhandlung (!) von Forderung und Gegenforderung zu desto schleunigerer Abkürzung der Prozesse (eine Prorogation, eine Kumulation mehrerer Prozesse, eine antiagoge — ? — in eodem judicio) [3]). Seine Meinung ist so unklar, oberflächlich und ausser Zusammenhang mit den Quellen hingeworfen, daß sie keinen beachtungswerthen Stoff zur Widerlegung darbietet. Mit Recht wirft Mühlenbruch [4]) diesem Schriftsteller vor, daß er die Unbekanntschaft der Römer mit unserer Widerklage nicht begründet habe. Wir vermissen in der römischen Vorzeit besonders zwei Momente:

1) Ein besonderer accessorischer Gerichtsstand der Widerklage, so wie er jetzt eingeführt ist, war nicht begründet. Kein Anspruch konnte in der Regel mit einer Widerklage vor einen andern Magistrat gebracht werden, als vor denjenigen, wo man auch durch eine gewöhnliche Klage sein Recht hätte verfolgen können, d. h. welcher über die Person des Gegners bereits kompetent war [5]). Der alte Grundsatz: actor sequitur forum rei [6]) blieb in seiner vollen Kraft stehen. Der besondere Gerichtsstand mit der Eigenschaft, daß der Richter der Hauptklage auch über die Person einer ihm ursprünglich nicht unterworfenen Partei, lediglich in Folge einer gegen diese erhobenen Widerklage, ohne Weiteres kompetent wird (§. 24.), war nicht von Anfang her eingeführt, sondern kam erst in einer späteren Zeit auf, die indessen nicht genau ausgemittelt ist (§. 7. Nr. IV. §. 8.).

---

3) Ἀντεναγωγη (nicht ἀντιαγωγη) ist lediglich die griechische Uebersetzung, nicht eine Begriffsbestimmung der Widerklage (§. 6. Note 23.).

4) Die Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte. §. 62. S. 611.

5) Der judex erlangte seine Kompetenz durch die bloße Ermächtigung von Seite des kompetenten Magistrats; war nur dieser kompetent, so war es damit auch jener.

6) Fragm. Vatic. §. 326.

2) Die Widerklage war von der Kompensation noch nicht gehörig ausgeschieden. Man dachte sich, mehr oder weniger bestimmt, die Widerklage als eine qualifizirte Art der Kompensation, oder als einen Superlativ derselben, und suchte ihren Grundcharakter in dem Heraufsteigen ihres Betrags über das Niveau der Klagesumme, anstatt in ihr ein von der Kompensation verschiedenes Institut zu erkennen, dessen Anfangspunkt erst an die Gränze der letzteren gesetzt werden muß (§. 38.). Dabei hatten auch die römischen Juristen immer die in Natur oder durch aestimatio kompensirbaren Gegenstände im Auge (§. 4. Note 23), während es doch ausser dem Bereiche der Kompensation und auf dem Gebiete der Widerklage auf jene Eigenschaft gar nicht ankommt (§. 3.). Gewöhnlich ist in den Gesetzen die Widerklage mit der Kompensation, ausdrücklich oder stillschweigend, zusammengeworfen, und mit ihr in einem Athem über Bausch und Bogen behandelt, so daß man oft nicht weiß, ob von der einen, oder von der andern, oder von beiden zugleich gehandelt werde. Hierzu trug das Meiste der Umstand bei, daß die Widerklage aus der Kompensation historisch sich entwickelte. Die Kompensation, ein Vertheidigungsmittel, und sohin der Billigkeit und Natur am nächsten stehend, mußte eher Boden gewinnen, als die offensive und sohin entfernter stehende Widerklage, welche noch überdieß mehrere ausserordentliche Eigenschaften, die dem hergebrachten Gerichtswesen nicht zusagten, an sich hat, wie z. B. die Verschlingung zweier Rechtstreite in ein einziges judicium (§. 3.). Hatte aber ein Mal die Billigkeit sich Bahn gebrochen, und bis zum Betrage der Klagesumme die Aufrechnung kompensirbarer Gegenforderungen zugelassen, auch die Gränzen der Kompensirbarkeit durch die aestimatio erweitert; so lag es sehr nahe, über die Klagesumme hinausreichende und dabei sogar mitunter generisch ungleiche Gegenansprüche in das Recht zu setzen. Bei einem solchen Ursprunge konnte die Widerklage im römischen Rechte von der Kompensation sich nicht ganz losreißen und

emanzipiren; sie blieb mit der Nabelschnur an der Mutter hängen. Darum ist aber auch das Kleben an der Kompensation noch bis auf den heutigen Tag ein Grundübel unserer Lehre.

So wenig indessen die Römer im Reinen waren, so haben sie doch die Widerklage mit der Kompensation nicht völlig identifizirt, und beide nicht in einander aufgelöst. Beide blieben als zwei, wenn gleich verwachsene, Institute stehen. Schon die Geschichte hatte vorgesorgt. Mutter und Tochter konnten nicht in eine einzige Individualität aufgehen. Die Gegensätze sind bei den Klassikern bisweilen ausdrücklich hervorgehoben, meistens aber doch wenigstens berücksichtigt, und in der Kasuistik der Pandekten anerkannt. Erinnern wir uns nur an die oben (§. 4.) erklärte L. 18. §. 4. Dig. commod. (13. 6.), wo der Jurist zuerst die Kompensation vor Augen hat, und ihr dann mit der eleganten Wendung: „sed fieri potest," die nicht kompensirbaren Gegenforderungen und die Nothwendigkeit einer Klage überhaupt entgegensetzt! Die verschiedenen Aeußerungen über die Kompensation: „debiti et crediti inter se contributio," — „petentem submovet," — „ex compensatione retinere," — „fidejussor (petens) non tenetur in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest," — compensationem et liberationem" u. s. w. [7]) schließen von derselben deutlich genug den Angriff, und, im Verhältnisse der Klagesumme, die Mehrforderung, so wie (abgesehen von dem Ausgleichungsmittel der aestimatio) das generisch Verschiedene aus. Ja sogar die Ansicht, daß die Widerklage eine Qualifikation der Kompensation sei, setzt eine Unterscheidung beider voraus, da das Qualifizirte mit dem Einfachen nicht identisch sein kann.

Noch eine Abweichung des altrömischen Rechtes von dem heutigen gemeinen drängt sich uns auf in Bezug auf

---

7) LL. 1. 2. 4. 10. pr. Dig. de compens. (16. 2.).

die Konnexität[8]). Die Klassiker heben zwar keinen Unterschied zwischen konnexen und nicht konnexen Sachen bei der Widerklage hervor; allein da unser Institut aus und mit der Kompensation sich entwickelte, und wir es sohin auf dem Grund der letzteren beurtheilen müssen; so wird doch jene Eigenschaft historisch wichtig. Wir wissen, daß man im Anfange, und namentlich zu den Zeiten des Gajus, nur konnexe Gegenforderungen zur Kompensation bringen konnte[9]); um so weniger also konnten nicht konnexe Widerklagen zuläßig sein. In der Epoche des Juristen Paulus wurden Kompensationen auch „ex dispari causa et diverso contractu“ angenommen[10]), und damit mögen auch die nicht konnexen Widerklagen aufgekommen sein. In der gesetzlichen Nothwendigkeit der Konnexität erkennen wir übrigens keinen Mangel, sondern einen Vorzug und eine Reinheit, um welche wir jetzt bei unserem Institute gekommen sind (§. 36.).

---

8) Wernher observ. tom. I. part. 4. obs. 1. n. 131. seqq. Mühlenbruch: die Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte. §. 62. S. 610.

9) Gaji comment. lib. IV. §. 61.: „In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui debeat, in quo et illud continetur, ut habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare.“ Die Worte: „ex eadem causa“ gingen wahrscheinlich durch ein Versehen der Gesetzgebungskomission später noch in den §. 39. Inst. de action. (4. 6.) über, da das Erforderniß jener Identität schon zu Paulus Zeiten wegfiel (folg. Note), und auch Theophilus in der Paraphrase den Ausdruck nicht hat. Krug: die Lehre v. d. Kompens. §. 14. Note 78.

10) Pauli recept. sent. lib. II. tit. 5. §. 3: „Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut, si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes.“

§. 6.

Auch eine bestimmte technische Bezeichnung der Widerklage kommt im Corpus juris nicht vor. Dieser Mangel war sowohl dem Verständnisse der Quellen, als der reinen Auffassung und Entwicklung der Lehre sehr hinderlich.

Daß der Ausdruck „mutua actio“ der Widerklage nicht gelte, kann mit Grund nicht bezweifelt werden. Die actio mutua findet bei den Kontrakten und Quasikontrakten Statt, und bedeutet die gemeinsame Quelle zweier Klagen aus dem nämlichen Rechtsgeschäfte: die actio directa und contraria [1]). Ihr ganzes Wesen ist nicht sowohl prozessualisch, als civilrechtlich. Je nach ihnen wurde auch das entsprechende Rechtsverfahren judicium directum (rectum) oder contrarium benannt [2]). Die directa und contraria können wohl nach Umständen als Widerklagen angebracht werden; aber auch dann ist die actio mutua mit der Widerklage nicht identisch; jene ist das Recht, die Substanz, der Leib, diese die Methode der Geltendmachung, die Form, das Gewand (§. 2. am Ende).

Die Römer drücken den Begriff der Widerklage durch „mutua petitio“ aus; allein die mutua petitio hat auch noch andere Bedeutungen. Man muß daher zugeben, daß die Römer, wenn sie von der Widerklage sprechen, sich oft dieses Ausdruckes bedienen, daß sie aber nicht immer, wenn sie denselben im Munde führen, die Widerklage im Sinne haben. Wir müssen die möglichen Bedeutungen der Worte hier etwas näher untersuchen. Tan-

---

1) §. 2. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. (3. 28.) L. 11. §. 1. Dig. de jurisdict. (2. 1.). L. 5. §. 1. Dig. de oblig. et action. (44. 7.). Schweppe: das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung (4. Ausg. Göttingen 1828 ff.) Bd. III. §. 425.

2) L. 18. §. 4. Dig. commod. (13, 6.). Vgl. oben §. 4.

cret [3]) versteht unter mutuae petitiones wechselseitig sich entgegengesetzte Klagen. „Saepe reus vult vicissim convenire actorem, et sic fiunt hinc inde mutuae petitiones.“ Demnach also wäre sowohl die Haupt- als Widerklage eine mutua petitio [4]), und wir haben für die ausschließliche, präzise Benennung der letzteren allein nichts gewonnen. Tancret nimmt, wie auch Glück [5]), hier nur die gemeine, unjuristische Bedeutung des Prädikates „mutua“ auf, wie man z. B. von einer mutua amicitia spricht. Wir suchen aber hier die technische Bedeutung, und können also nicht beistimmen. Die mutua petitio könnte verstanden werden als actio mutua in rem; denn petitio bezeichnet theils speziell die in rem actio [6]), theils einen Angriff [7]) und eine Klage überhaupt [8]), letztere namentlich in der Zusammenstellung ac-

---

3) Ordinis judiciarii tractatus (Argent. 1545). pag. 258.

4) Selbst die Quellen und ihre Paraphrasen streifen bisweilen an diese Vorstellung. L. 1. §. 4. Dig. quae sent. sine appell. rescind. (49. 8.): „Si apud eundem judicem invicem petamus. Basilicorum libri LX. (lib. IX. tit. 1. cap. 44. Ed. Heimbach. Lips. 1833. tom. I. pag. 432.): „Ἐὰν ἐγὼ καὶ συ ἀλλήλοις ἐπὶ ἀτόκῳ χρέει ἀντενάγωμεν.“ (Si ego et tu invicem debitum sine usuris petamus). Cap. 2. X. de ord. cognit. (2. 10.): — „Intelligantur mutuae petitiones sese tanquam diversae minime contingentes.“

5) Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 204.

6) L. 28. Dig. de oblig. et action. (44. 7.). L. 178. §. 2. Dig. de verb. signif. (50. 16.)

7) Cicero in Catilinam orat. I. cap. 6.: „Quot ego tuas petitiones ita conjectas, ut vitari non posse viderentur, parva quadam declinatione, et, ut ajunt, corpore effugi!“ Vgl. cap. 5. ibid.: „Nunc jam aperte rem publicam universam petis. „Seneca de vita beata, cap. 27: „Illustrata est virtus mea per ea ipsa, per quae petebatur.“

8) Gaji comment. lib. IV. §§. 50 — 54. L. 7. §. 1. L. 13. Dig. de compens. (16. 2.). Corpus jur. civ. (Edid. Schrader. Berolini 1832.) tom. I. p. 574.

tio petitioque [9]), worin nicht eine Unterscheidung zweier Arten von Klagen, sondern eine in der römischen Rechtssprache nicht seltene, einen besonders verstärkenden Nachdruck bezweckende Häufung gleichbedeutender Ausdrücke liegt [10]). Allein die mutua actio (directa et contraria) kommt bloß im Obligationenrechte vor, eine mutua actio in rem gibt es nicht, und folglich kann die mutua petitio nicht dieses non ens bedeuten. Demnach hat hier petitio einen allgemeinen, über das jus in rem hinausgehenden Sinn. Goldschmidt [11]) bezieht sie auf solche Gegenforderungen, mit welchen ihrer Natur nach gegen eine angestellte Klage nicht kompensirt werden konnte. Diese Ansicht ist zu beschränkt, und scheitert an dem Umstande, daß in manchen Stellen [12]) die mutua petitio auf die Einrede der Kompensation sich bezieht, denn auch der Kompensirende fordert und stellt ein petitum [13]). Wir glauben, daß zwei Bedeutungen zum Grunde liegen: 1) wurden mutuae petitiones, im civilrechtlichen Sinne, als gegenseitige Forderungsrechte oder Rechtstitel zweier Personen genommen, die, je nach der Prävention der Parteien, und nach Art und Größe, bald durch Einreden, bald durch Klagen geltend gemacht werden konnten; 2) hat die mutua petitio die prozessualische Bedeutung einer Klage, allein nicht in den Gränzen unserer

---

9) L. 1. pr. Dig. de S. C. Maced. (14. 6.) L. 2. §. 1. Dig. ad S. C. Vellej. (16. 1.)

10) Schweppe: das römische Privatrecht. Bd. I. §. 162. Ein Beispiel bei Gellius (noctes Atticae. lib. V. cap. 10.): „Lis et controversia.“

11) Abhandl. aus d. Civilproz. Nr. III. S. 21.

12) L. 6. Cod. de compens. (4. 31.) L. 1. Cod. rer. amot. (5. 21.).

13) L. 1. pr. Dig. de except. (44. 1.) L. 15. Dig. ratam rem hab. (46. 8.) Vgl. unten §. 7. Nr. X u. XI. Entgegengesetzt ist das petere der Kompensation in L. 12. §. 3. Dig. ratam rem hab.

jetzigen Widerklage. Wir haben im zweiten Falle wahrscheinlich ein Gattungswort für alle Klagen eines Beklagten gegen seinen Kläger, sie mochten nun bei dem Richter der vom Kläger bereits anhängig gemachten Klage, oder anderswo, in dem nämlichen Prozesse, oder getrennt, zugleich oder successiv, erhoben werden, und die moderne Widerklage machte eine besondere Art dieser Gattung aus [14]). Durch die mutua petitio wird also kein präziser Begriff der eigentlichen Widerklage ausgesprochen. Für die mutua petitio gebrauchen die Römer auch die Zeitwörter: invicem oder vicissim agere, accusare, petere [15]) v. convenire [16]) vicissim pulsare [17]).

Obgleich im römischen Rechte die Worte „conventio“ und „convenire“ nicht nur für den Begriff

---

14) Robert de non-usu pract. distinct. inter mut. petit. atque reconvent. Mühlenbruch: d. Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte. §. 62. S. 611: „Was gehört wohl Anderes zum Wesen der (römischen?) Rekonvention, als daß der Beklagte seine Gegenforderungen — so, daß der Kläger ihm zu einer Leistung verurtheilt werde, geltend machen darf?“ Backe interpret. jur. rom. cap. III. pag. 56, nota 31: „Mutuam petitionem dico omnem, quae a reo actori infertur, vel inferri potest, actionem, sive apud eundem judicem rei, sive apud alium — sive simultaneo (ut dicunt) processu, sive separato agatur; neque alio modo ipsos veteres existimo hoc verbo uti eique similibus.“ Vgl. L. 11. §. 1. Dig. de jurisdict. (2. 1.) L. 5. §. 1. Dig. de oblig. et action. (44. 7.) L. 1. §. 4. Dig. quae sent. sine appell. (49. 8.)

15) L. 34. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 36. Dig. de dolo malo. (4. 3.) L. 1. §. 2. Dig. si pars hered. petat. (5. 4.) L. 39. Dig. solut. matrim. (24. 3.) L. 4. pr. Dig. de tutel. (26. 1.) L. 15. Dig. de except. rei jud. (44. 2.) L. 1. §. 4. Dig. quae sent. sine appell. (49. 8.)

16) L. 18. pr. Dig. de compens. (16. 2.).

17) Auth. Et consequenter. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.)

einer Uebereinkunft [18]) sondern auch der Klage [19]) häufig gebraucht werden; so findet man doch die Ausdrücke „reconventio“ und „reconvenire“ nur in den Ueberschriften [20]) nicht im Urtexte der Quellen; erst durch die Glossatoren kamen sie auf [21]). Nur in der L. 5. Cod. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) wird die „reconventio“ angeführt. Der Umstand, daß dieses Gesetz nicht glossirt ist, hat zwar hier, wo es sich von der geschichtlichen Thatsache des römischen Sprachgebrauches handelt, keine Wichtigkeit; allein das Gesetz existirt nicht ursprünglich lateinisch, sondern ist von Jakob Cujacius (geb. 1520 zu Toulouse, † 1590) [22]) aus den Basiliken [23]) restituirt, und kann also nichts beweisen (§. 8.).

---

18) L. 5. Dig. de pactis. (2. 14.) L. 80. Dig. de judiciis (5. 1.) L. 29. Cod. de pactis. (2. 3.)

19) L. 21. §. 2. Dig. ex quib. caus. major. (4. 6.) L. 19. Dig. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 139. Dig. de verb. oblig. (45. 1.) Nov. 96. cap. 2. Conventio bedeutet vorzugsweise den Akt des Klagens, actio das Klagerecht. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 2. §. 4.

20) L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.): „De reconventione.“ Nov. 96. cap. 2: „De his, qui conveniuntur et reconveniuntur.“ Im Griechischen: „*Περὶ τῶν αἰτιωμένων καὶ ἀνταιτιαδέντων.*“ Vgl. Basilicor. lib. VII. tit. 4. (Ed. Heimbach. tom. I. pag. 269.).

21) Glossa ad L. 11. Dig. de jurisdict. (2. 1.): „Si habes minorem (quantitatem), dic me egisse sub praeside in quingentis, tu vis me reconvenire sub defensore in quinquaginta: non potes: immo in utroque erimus sub praeside. Si habes majorem, dic quod prius egi ad quinquaginta sub defensore: sed si vis me reconvenire sub praeside in quingenta, non potes: immo defensor de utroque judicabit“ etc. Vgl. Glossa ad L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) et Auth. Et consequenter. ibid.

22) Observ. lib. XII. cap. 1.

23) Basilicor. lib. IX. tit. 3. cap. 69 (Ed. Heimbach. tom. I. pag. 459). Im griechischen Texte heißt das mit

Noch ist die Verwechslung der mutua petitio mit der actio mixta v. duplex (judicium duplex) abzuwehren. Bei dieser befindet sich von zwei Parteien jede in der Lage, die Initiative des Prozesses durch Klagestellung zu ergreifen [24]), und auch nach erhobener Klage werden beide streitende Theile nicht durch bestimmt ausgeschiedene Rollen als einander entgegengesetzt gedacht, sondern jeder Theil erscheint zugleich als Kläger und Beklagter [25]), und jeder kann also auch verurtheilt werden [26]). Hierher gehören die actio communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum und die interdicta retinendae posessionis [27]). Bei der Widerklage findet sich

---

reconventio übersetzte Wort „ἀντεναγωγη.“ Vgl. noch Basilicor. lib. VIII. tit. 2. cap. 33. interpret. ult. (tom. I. pag. 371), lib. IX. tit. 1. cap. 44 (tom. I. pag. 432.).

24) Schweppe: das römische Privatrecht. Bd. III. §. 558.

25) Das Bedürfniß der Rollentheilung ist aber so natürlich, daß es auch hier nicht ganz ignorirt werden kann. Deßhalb wird nur der Prävenirende als eigentlicher Kläger, der Andere als Beklagter behandelt, und bei dem Nichtvorhandensein einer Prävention wird um die Rollen das Loos geworfen. LL. 13. 14. 62. Dig. de judiciis (5. 1.). Donelli comment. lib. XVII. cap. 12. §. 9: „Quomodo igitur hic rem expediunt veteres? Hoc modo ut fateantur, in his judiciis re vera omnes pariter actores esse et reos, sed ita statuant, quo fiat, ut qui solus actor non est, solus tamen pro actore habeatur, atque ita judicium procedat. Sic igitur definiunt in his judiciis, magis eum videri actorem, qui in judicium provocasset, quam si ambo ad judicium provocent, sorte rem discernendam.“

26) Verschieden von der actio duplex ist die actio duplata. Pauli recept. sent. lib. I. tit. 19. §§. 1. 2. In einem besondern Sinne führt der Richtsteig (Buch I. Kap. 5. 30. 34. ff.) die „vermengede clage“ auf, nämlich eine Civilklage, die kriminell werden kann.

27) Gaji comment. lib. IV. §. 160. §. 7. Inst. de interdictis (4. 15.). LL. 10. 11. Dig. finium regund. (10. 1.).

etwas Aehnliches, indem der eine oder der andere Theil, je nach seiner Prävention, Hauptkläger wird, so daß der Säumige in diesem Prozesse sein Klagerecht nur durch eine Widerklage, welche im Falle seines früheren Auftretens Hauptklage geworden wäre, offensiv geltend machen kann, — indem ferner jeder Theil Kläger und Beklagter zugleich ist, und der möglichen Verurtheilung unterliegt. Diese Aehnlichkeit wird indessen doch durch wichtige Verschiedenheiten aufgewogen. Hier sind zwei Klagen und zwei Klagegegenstände vorhanden, und jeder Theil ist in Beziehung auf eine andere Klage und einen andern Gegenstand Kläger und Beklagter; bei der actio mixta v. duplex dagegen ist nur eine einzige Klage vorhanden, und die doppelte Parteirolle umfaßt bei jeder Partei den nämlichen Gegenstand [28]). Auch ist die actio duplex nur das Attribut bestimmter einzelner Rechtsverhältnisse, die oben genannt worden sind, und nur in diesen Verhältnissen stehende Personen sind dazu legitimirt; dagegen kann in der Regel jeder klagbare Anspruch von jedem Beklagten in der Form einer Widerklage verfolgt werden, sobald er seiner Größe und Beschaffenheit nach sich nicht mehr zur Kompensation eignet.

§. 7.

Um eine Anschauung der Quellen zu gewähren, aus denselben das bisher Angeführte nachzuweisen, und zu

---

L. 2. §. 3. Dig. famil. ercisc. (10. 2.) L. 3. §. 1. Dig. uti possid. (43. 17.) L. 37. §. 1. Dig. de oblig. et action. (44. 7.) Cap. 3. X. de probat. (2. 19.) Savigny: das Recht des Besitzes (6. Aufl. Giessen 1837). §. 37 am Ende. Reinhardt: Handbuch des Prozesses (Stuttgart 1823 f.) Th. I. §. 53. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §§. 108. 153. Note 2.

28) §. 4. Inst. de interdictis (4. 15.) L. 1. §§. 2. 3. Dig. uti possid. (43. 17.) L. 1. §. 26. Dig. de aqua cottid. (43. 20). Fabri conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 5. n. 5. Lauck im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 72. 73.

zeigen, ob und wie sie auf die Widerklagen zu beziehen seien; gehen wir zur Anführung und Auslegung von Stellen aus den Zeiten vor Justinian über:

I) L. 11. §. 1. Dig. de jurisdict. (2. 1.) Gajus[1]) lib. 1. ad edict. provinc.: „Sed et si mutuae sunt actiones, et alter minorem quantitatem, alter majorem petat: apud eundem judicem agendum est ei, qui quantitatem minorem[2]) petit: ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim.“

Dieses Gesetz könnte leicht mißverstanden werden. Zwei Personen (so könnte man annehmen) machen gegenseitig Forderungen, A. die größere, B. die kleinere, A. hat seine Klage bereits anhängig gemacht; denn es wird bei Gajus nicht mehr danach gefragt, welchen Richter der Mehr Fordernde anzugehen habe? B. dagegen hat noch nicht geklagt. Es erhebt sich ein Zweifel, wo dieser klagen solle, bei dem Richter, bei welchem bereits A. geklagt hat, oder bei einem andern Richter, dem A. in Ansehung seiner Person unterworfen ist. Gajus scheint den B. an jenen erstgenannten Richter zu weisen („apud eundem judicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit“). Allein B. könnte in den häufigsten und sogar regelmäßigen Fällen, nämlich bei Forderungen von Geld oder andern fungiblen Gegenständen,

---

1) Geb. unter Hadrian (117—138 nach Chr. G.), blühte unter Antoninus Pius (138—161) und Marcus Aurelius (161—176). Die biographischen Nachrichten über die römischen Juristen und Kaiser sind aus Zimmern (Geschichte des röm. Privatrechts Bd. I.) gezogen.

2) Die von ältern Auslegern vorgeschlagene, weder in dem florentiner Kodex, noch in andern alten Handschriften vorfindliche Lesart: „qui quantitatem majorem petit,“ weisen wir als eine unbegründete Konjektur zurück. Vgl. Jani a Costa in Decretal. snmmar. et comment. lib. II. tit. 4. (Ed. Lutet. Paris. 1676 p. 382).

oder bei eintretender aestimatio, hier nicht in eodem judicio klagen (agere), weil seine Gegenforderung, als die kleinere, zur Kompensation sich eignet, und weil er nicht auf eine Verurtheilung, sondern nur auf eine theilweise Abweisung des Gegners zu dringen hat. B. müßte also bei dem vom Kläger angegangenen Richter mit der Einrede der Kompensation auftreten. Bei der obigen Auslegung bleibt auch der Schlußsatz unverständlich: „ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim.“ Denn hat A. geklagt, so kann er ohnehin den Beklagten nicht willkürlich hindern, die erwähnte Einrede bei dem Richter der Klage vorzuschützen. Würde aber agere als gleichbedeutend mit dem Vorbringen einer Einrede genommen, weil es in L. 19. pr. Dig. de probat. (22. 3.) heißt: „in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere,“ und in L. 1. pr. Dig. de except. (44. 1.): „agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in excipiendo actor est;“ so würde im Gesetze allerdings gesagt sein, wenn der Beklagte eine, unter der Klagesumme stehende Gegenforderung machen wolle, habe er sie bei dem Richter der Klage als Einrede vorzubringen; eines Theils aber ist es bedenklich, agere so zu verstehen, und den excipirenden Beklagten dem Kläger gleichzusetzen [3]), wie unter Nr. IV. dieses §. sich weiter zeigen wird, andern Theils hätte dann Gajus etwas Bekanntes und Ueberflüssiges ausgesprochen, was nicht zu vermuthen ist. Diese Auslegungen sind also unrichtig, und wir müssen eine andere versuchen.

Gajus spricht hier von Personen aus dem nämlichen municipium, die folglich den gleichen persönlichen Gerichtsstand haben, und von der Munizipal-Obrigkeit, deren Kompetenz nur bis zu einer bestimmten Summe

---

3) Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen. Th. IV. Abth. I. S. 193.

reicht [4]); Prozesse, deren Gegenstand diese Summe überstieg, gehörten vor den praeses [5]). Dieß ergibt sich daraus, daß Gajus im lib. 1. ad edict. provinc., aus welchem die Pandektenstelle genommen ist, über die Munizipal-Obrigkeiten schreibt [6]), und aus dem principium unseres Gesetzes, wo es heißt: „quantitas intra jurisdictionem judicantis sit.“ Nun liegt Gajus der Fall einer mutua actio (§. 6.) vor. Dem Einen steht die directa, dem Andern die contraria zu, und zwar in Bezug auf Geld oder überhaupt kompensirbare Sachen („quantitates“ [7]). B. mit seiner kleineren Forderung klagt zuerst bei der, für dieselbe kompetenten, Munizipal-Obrigkeit. Jetzt tritt aber A. mit seiner größeren Forderung, welche die Kompetenz der Munizipal-Obrigkeit übersteigt, klagend bei dem praeses auf. Dieß könnte den B. nöthigen, seine Klage bei der Munizipal-Obrigkeit fallen zu lassen, und auch seine Forderung an den praeses zu bringen, aber, wegen des geringeren Betrages, mit der Einrede der Kompensation, nicht mit einer Widerklage. Denn Paulus erzählt in der L. 54. Dig. de judiciis (5. 1.): „major quaestio minorem ad se trahit.“ B. würde also vor der Munizipal-Obrigkeit bisher vergeblich Mühe und Kosten aufgewendet haben, und die Regel würde verletzt werden: „ubi acceptum semel est judicium, ibi et finem accipere debet“ [8]). Auch könnte, wenn die Avo-

---

4) Pauli recept. sent. lib. V. tit. 5. A. §. 1. Bethmann-Hollweg: Handb. des Civilproz. Abth. I. Bd. I. §. 5. S. 66. §. 11. S. 124 ff.

5) Durch Prorogation konnte die Munizipal-Obrigkeit auch über größere Summen kompetent werden. L. 74. §. 1. Dig. de judiciis. (5. 1.). L. 28. Dig. ad municip. (50. 1.)

6) L. 29. Dig. ad municip. (50. 1.), welche die nämliche Quelle hat.

7) L. 34. §§. 3—5. Dig. de legat. 1. (30.) Schweppe: das römische Privatrecht. Bd. I. §. 89.

8) L. 30. Dig. de judiciis (5. 1.). Die Nov. 15. cap. 3. §. 2. kann nicht auf die klassische Zeit bezogen werden.

kation gelten würde, jeder bei der Munizipal-Obrigkeit Beklagte den Kläger von dieser Behörde weg und an den praeses drängen; er hätte weiter Nichts nöthig, als eine, die Kompetenz der Munizipal-Obrigkeit übersteigende, Forderung zu fingiren [9]), und darauf bei dem praeses zu klagen. Vorzüglich aus dem letzteren Grunde („ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim") schützt Gajus den B., und entscheidet, er solle bei dem nämlichen Richter, wo er bereits seine Klage erhoben, und der Beklagte ursprünglich seinen Gerichtsstand hat, fernerhin handeln und den Prozeß fortsetzen dürfen, d. h. bei der Munizipal-Obrigkeit („apud eum," wie es im principium heißt [10]).

Wie ist es nun aber mit der Klage des A., über welche Gajus völlig schweigt? Darf diese bei dem praeses fortgesetzt, oder muß sie an die Munizipal-Obrigkeit gezogen werden? Für die letzte Meinung ist schon die Glosse [11]); die gegentheilige Meinung verdient aber den Vorzug.

---

9) L. 19. §. 1. Dig. de jurisdict. (2. 1.): „Quotiens de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur." Vgl. auch L. 2. §. 5. Dig. de judiciis (5. 1.) u. unsern §. 7. Nr. VII.

10) Die Basiliken äussern sich sehr unbestimmt. Basilicor. lib. VII. tit. 3. cap. 11. (Ed. Heimbach. tom. I. pag. 263): „*Εἰ δὲ καὶ ἐνάγεις μοι περὶ μεγάλου ποσοῦ, καλῶς σοι ἀντενάγω παρ' αὐτῷ περὶ μετρίου, κἂν σὺ μείζονα προβάλλῃς.*" (Sed et si adversus me de magna quantitate agas, de modica summa recte apud eum contrariam actionem moveo, licet tu majorem petas).

11) Glossa ad L. 11. §. 1. Dig. de jurisdict. (2. 1.): Dic me egisse sub praeside in quingentis: tu vis me reconvenire sub defensore in quinquaginta: non potes: immo in utroque erimus sub praeside. Si habes majorem, dic quod prius egi ad quinquaginta sub defensore: sed si vis me reconvenire sub praeside in quin-

1) Wir wenden uns vorerſt an das Geſetz ſelbſt. Im principium ſagt Gajus: „Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus: apud eum agi posse, Sabino Cassio Proculo placuit, quae sententia rescripto Imperatoris Antonini confirmata est.“ Der Fall iſt folgender: Ein Bürger hat einen andern, der in dem nämlichen municipium wohnt, vor der Munizipal-Obrigkeit beklagt, und in ſeiner Klage mehrere Forderungen gehäuft, deren jede einzelne, ihrem Betrage nach, unter die Kompetenz der Munizipal-Obrigkeit fällt, deren Geſammtbetrag aber über dieſelbe hinausgeht. Kann dieſe Klage bei der Munizipal-Obrigkeit angebracht werden? Gajus bejaht es. So iſt alſo die Munizipal-Obrigkeit über eine Klage als kompetent erklärt, die ihrer Summe nach vor einen andern Richter gehören würde. Im §. 1. des Geſetzes ſtellt Gajus einen entgegengeſetzten Fall auf, in welchem die Munizipal-Obrigkeit über eine größere Summe nicht kompetent wird, ungeachtet daß bei ihr bereits eine konnexe Sache anhängig iſt. Dieſen Gegenſatz der Häufung von Forderungen in einer Klage und der Konnexität zweier Klagen drückt beſonders das Wort „sed“ aus.

---

genta, non potes: immo defensor de utroque judicabit: ut argu. C. de judi. quotiens, et de ordi. jud. l. adite.“ Dieſe Stellen: L. 3. Cod. de judiciis (3. 1.) u. L. 1. Cod. de ord. jud. (3. 8.) paſſen nicht hierher, da ſie nur von der beſondern Kompetenz über die quaestio status und dem judicium universale hereditatis ſprechen, ſinguläre Geſetze aber keine Ausdehnung nach dem Grunde geſtatten. L. 14. Dig. de leg. (1. 3.) L. 162. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Vgl. Jani a Costa in Decretal. summar. et comment. lib. II. tit. 4. pag. 383. 388 seqq. Teller diss. de reconvent. §. 7. Robert de non usu praet. dist. inter mut. petit. atque reconvent. §. 12.

Hätte ihn Gajus nicht im Sinne gehabt, so würde er wahrscheinlich das den römischen Juristen so geläufige item gesetzt haben. Gajus scheint etwa Folgendes sagen zu wollen: Vides ergo casum, in quo apud magistratum municipalem de quantitate, quae modum jurisdictionis ejus excedit, agi potest. Sed nota aliter res se habet, si mutuae sunt actiones. Pone alterum minorem quantitatem apud magistratum municipalem rite petiisse, alterum vero majorem petere. An et in hoc casu apud magistratum agi debet de quantitate majori, licet modum jurisdictionis ejus superet? Non debere respondemus: de quantitate minori apud magistratum, de majori contra apud praesidem agendum, adeoque regula jurisdictionis observanda est.

2) Das römische Recht stellt, wie wir von Paulus gehört haben, die Regel auf: „major quaestio minorem ad se trahit.“ Wenn Jemand bei der Munizipal-Obrigkeit geklagt hat, und der Beklagte klagt gegen ihn auf eine höhere Summe; so soll diese Regel cessiren, also der erste Prozeß bei der Munizipal-Obrigkeit fortgesetzt werden. Aber dadurch ist noch bei Weitem nicht die Regel in ihr direktes Gegentheil umgekehrt: minor quaestio majorem ad se trahit. Ohnehin ist es unnatürlich und unjuristisch (incivile), daß das Größere dem Kleineren, das Aeltere dem Jüngeren folgen solle. Bei den Accessionen haben die Römer durchaus den entgegengesetzten Grundsatz befolgt. Hätte Gajus jene Umkehrung durchsetzen wollen, so hätte er es ausdrücklich gesagt, und sagen müssen. Da aber in der L. 11, wenigstens so, wie Tribonian sie uns mitgetheilt hat, davon Nichts enthalten ist; so darf der Ausleger eine so abnormale Bestimmung nicht erst hineintragen; vielmehr ist anzunehmen, daß die regelmäßigen Gränzen der Gerichtsbarkeit zu achten seien, und also der zweite Prozeß an den praeses ressortire. Dafür entscheidet sich sogar die L. 54. Dig. de judiciis (5. 1.) ausdrücklich, da sie sagt: „per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet.“

3) Diese Ansicht wird auch durch das von Gajus angeführte Motiv bestätigt. Der Prozeß des B. soll deßwegen nicht vor den praeses gezogen werden, ne in potestate calumniosa adversarii sit, an apud magistratum litigare possit. Dem A. soll es unmöglich gemacht werden, den B. an der Klageführung bei der Munizipal-Obrigkeit zu hindern, und ihn dadurch, daß er selbst bei dem praeses klagt, vor diesen zu drängen. Wenn demnach Gajus den B. gegen eine Schikane des A. schützt, so wird man wohl von seiner Gerechtigkeitsliebe erwarten dürfen, daß er den A. nicht der gleichen Schikane des B. preisgebe. Allein A. ist preisgegeben, sobald wir der gegentheiligen Meinung folgen. Erfährt oder vermuthet nämlich B, A. wolle ihn bei dem praeses beklagen, so hat er weiter nichts zu thun, als der Prävention sich zu befleißen, und den A. schnell bei der Munizipal-Obrigkeit zu beklagen. Alsdann würde A. bei dieser allein und nicht bei dem praeses klagen können, obgleich die Klage ihrem Betrage nach vor den Letzteren gehört. Wir werden also analog annehmen müssen: apud eundem judicem, cui causam jam proposuit i. e. praesidem, agendum est ei, qui quantitatem majorem petit, ne in potestate calumniosa adversarii sit, an ille apud eundem litigare possit. A. hat ohnedieß sich schon gefallen lassen müssen, das Recht der Berufung auf die anziehende Kraft seiner größeren Klagesache, wie es in der L. 54. Dig. de judiciis (5. 1.) ausgesprochen ist, aufzugeben; um so weniger ist zu glauben, daß ihm Gajus auch noch das Recht habe nehmen wollen, seine Klage bei dem praeses fortzusetzen; denn A. wäre dadurch doppelt und ungebührlich verlezt.

4) Bei den Gerichtsständen zeigt sich überhaupt eine große Einfachheit in Vergleichung mit dem spätern Rechte. Der Grundsatz, daß der Kläger dem Gerichtsstand des Beklagten folge, bildete die allgemeine, nur wenig beschränkte Regel. Der Gerichtsstand der materiellen Konnexität war selten nothwendig. Der tit. Dig. de quib.

reb. ad cund. jud. eatur (11. 2.) handelt nur von einem judex pedaneus, dem mehrere konnexe Sachen übergeben werden [12]); andere Gesetze [13]) sind singulär, oder setzen bei den Parteien freien Willen voraus. Die L. 10. Cod. de judiciis (3. 1.), wenn es überhaupt angeht, hier ein Gesetz von Constantin (307 — 337) anzuführen, handelt ohnehin nur von einer „continentia causae“ [14]), also von einer einzigen Klage, die nicht getheilt und nicht stückweise bei verschiedenen Richtern geltend gemacht werden soll [15]), so wie von der Zerreißung der Besitz- und Eigenthumsfrage. Wir können also nicht unbedingt zugeben, daß, selbst wenn die zwei actiones directae bei doppelt verbindenden Verträgen das nämliche judicium erfordert hätten, die directa und contraria, sogar wider den Willen des jemaligen Klägers, bei dem nämlichen Richter hätten verhandelt werden müssen, besonders da die directa auf etwas Anderes geht, als die contraria [16]), und doch liegt im Zugeständnisse des Gegentheils der

---

12) Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses (Berlin u. Stettin 1827). S. 51 f.

13) L. 13. Dig. de tutel. et ration. distrah. (27. 3.) LL. 9. 39. Dig. de liber. causa (40. 12.) L. 2. Cod. de judiciis (3. 1.) L. 5. Cod. arbitr. tutelae (5. 51.). Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 66.

14) Daß eine res continua von rebus connexis sich unterscheide, mag schon aus dem Begriffe des tempus continuum ermessen werden. Schweppe: das römische Privatrecht. Bd. I. §. 57. e.

15) Vgl. Gaji comment. lib. IV. §. 56. L. 2. Cod. Theod. de judiciis. (2. 18). Zwei offenbar konnexe Klagen der nämlichen Partei gegen den nämlichen Gegner werden von Neratius in zwei judicia gewiesen. L. 41. Dig. de injur. (47. 10.): „Pater, cujus filio facta est injuria, non est impediendus, quo minus duobus judiciis suam injuriam persequatur et filii.“ Vgl. dagegen die Vorschrift des kanonischen Rechts in Cap. 3. de rescript. in VI. (1. 3.)

16) Schweppe: das römische Privatrecht. Bd. III. §. 425.

Hauptgrund, um in unserem Falle die Klage des A. vor die Munizipal-Obrigkeit zu ziehen.

Demnach handelt also unsere L. 11. §. 1. nicht von der Widerklage, sondern von der mutua actio, deren beide Produkte (directa und contraria) getrennt, bei der Munizipal-Obrigkeit und dem praeses, zu verhandeln sind. Nimmt man indessen an, in unserem Falle werde auch die Klage des A. vor die Munizipal-Obrigkeit gezogen, so wird dieselbe freilich, wegen Identität der Hauptpersonen und des Prozesses, eine Widerklage, unser jetziger Gerichtsstand der Widerklage aber ist dabei dennoch nicht eingetreten. Denn die Munizipal-Obrigkeit wird dadurch, daß A. widerklagt, nur kompetent in Ansehung der Widerklagesumme, nicht in Ansehung der Person des Widerbeklagten, welcher als municeps ihr bereits unterworfen war.

II) L. 34. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) Gajus lib. 1. ad edict. provinc: Si quis in rem suam procuratorio nomine agit, veluti emptor hereditatis, an debeat invicem venditorem defendere? Et placet, si bona fide, et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium: non oportere eum invicem defendere."

Dieses Gesetz werden wir im §. 19. erklären.

III) L. 38. pr. Dig. mand. (17. 1.) Marcellus [17]) lib. sing. respons: „Lucius Titius Publio Maevio filio naturali domum communem permisit, non donationis causa, creditori filii obligare. Postea Maevio defuncto, relicta pupilla, tutores ejusdem judicem adversus Titium acceperunt: et Titius de mutuis petitionibus. Quaero an domus pars, quam Titius obligandam filio suo accommodavit, arbitratu judicis obligari debeat? Marcellus respondit, an, et quando

---

17) Unter Antoninus Pius (138—161) und Marcus Aurelius (161—176).

debeat liberari, ex persona debitoris, itemque ex eo, quod inter contrahentes actum esset: ac tempore, quo res, de qua quaereretur, obligata fuisset, judicem aestimaturum: est enim earum specierum judicialis quaestio, per quam res expediatur.“

Obgleich die mutuae petitiones hier bei dem nämlichen judex vorkommen, so ist doch nicht ersichtlich, daß er erst in Folge einer Widerklage Kompetenz über die Person des Widerbeklagten erlangt habe. Das Gesetz spricht von einem judex, der von einem kompetenten Magistrate für die wechselseitigen Forderungen zweier Parteien bestellt wurde [18]). Wir haben schon oben (§. 4. Note 12) diese Stelle angezogen, um zu zeigen, daß der Magistrat für Klage und Widerklage zugleich die judicis datio und ordinatio judicii habe vornehmen können.

IV) Unter den klassischen Juristen wird Papinian [19]) als derjenige bezeichnet, welcher die Widerklage besonders in Aufnahme gebracht, und sie nicht nur mit der Hauptklage in das nämliche judicium gewiesen, sondern auch durch die Ausschließung der Einrede des inkompetenten Richters den besondern accessorischen Gerichtsstand eingeführt, oder doch vollends ausgebildet haben soll. Die Quelle ist eine Verordnung Justinian's, die wir hier anführen, weil sie uns aus der klassischen Zeit einen Bericht gibt.

L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) Imp. Justinianus A. Demostheni praef. praet: „Cum Papinianus, summi ingenii vir, in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum judicem de absolutione rei judicare [20]), sed ipsum actorem,

---

18) Teller diss. de reconvent. §. 5.

19) Unter Septimius Severus (193—211), † 212 unter Caracalla (211—217).

20) Die Lesart „judicatae“ ist unrichtig. Fabri conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 6. n. 2. Stryck dissert.

si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare: hujusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus: ut liceat judici, vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronunciare: nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur. Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur“ (530).

Wir haben hier ein referens sine relato vor uns, da in dem Gesetze nicht deutlich und vollständig angeführt ist, was Papinian alles angeordnet, und wie er sich ausgedrückt habe, und da seine Quästionen verloren gegangen sind. Die Irrthümer der Ausleger sind daher wohl begreiflich. Gleichwohl ist die Stelle von so großer Wichtigkeit für unsere Lehre, daß sie umständlich erwogen und erklärt werden muß. Dieser Anforderung wird genügt werden, wenn wir untersuchen, ob die L. 14. von der Widerklage handle, was darüber gesagt werde, und welche Dispositionen Papinian, welche Justinian zuzuschreiben seien.

Das am Schlusse genannte „negotium“ beziehen wir auf den Prozeß, und behalten uns den Beweis darüber vor (§. 34.). Unter dieser Voraussetzung hat das Gesetz die Verurtheilung des Klägers in Folge einer getrennten Klage und eines neuen Prozesses nicht zum Gegenstande. Wenn es also nicht von der Widerklage (in eodem judicio) handeln sollte, so könnte es kaum noch etwas Anderes im Auge haben, als die Kompensation. Wirklich hat diese Meinung bei den Rechtsgelehrten [21]) Anklang gefunden.

---

vol. II. disput. XVI. cap. 1. §. 5. Jani a Costa in Decretal. summar. et comment. lib. II. tit. 4. p. 386.

21) Cujacii paratit. in Cod. lib. VII. tit. 45. Jani a Costa in Decretal. summar. et comment. lib. II. tit. 4.

Sobald angenommen wird, daß der Richter ermächtigt sei, den Kläger nicht bloß abzuweisen, sondern auch zu einem Geben oder Leisten anzuhalten, wenn der Beklagte auch nur die bloße Einrede der Kompensation vorgebracht hat; so wird nothwendig dabei vorausgesetzt, daß die Kompensationssumme größer (!) sei als die Klagesumme; denn wäre sie gleich groß oder kleiner, so wäre nur eine gänzliche oder theilweise Abweisung des Klägers möglich; die Verurtheilung desselben kann nur auf einen Ueberschuß gerichtet sein. Allein ein Ueberschuß ist nicht mehr innerhalb der Gränzen der Kompensation [22]), sondern mit ihm fängt schon die Widerklage an. Es ist also bei obiger Ansicht doch versteckt vorausgesetzt, daß das Gesetz von einer Widerklage handle, dessen ungeachtet aber die Kompensation eines überschüßigen Betrages in die Theorie gezogen, und damit eine contradictio in adjecto gesetzt. Daß die Einrede der Kompensation ausnahmsweise eine Verurtheilung des Klägers begründet, ist nicht erwiesen, und die Natur der Einreden, als bloßer Vertheidigungsmittel, verkannt. Thibaut hält sich an den Ausdruck „in eodem negotio," und glaubt, das Gesetz auf die Einrede der Kompensation beziehen zu müssen, weil nur eine Einrede den nämlichen Gegenstand (idem negotium), wie die Klage, betreffe, eine Widerklage dagegen ein eigenes und anderes Objekt haben müsse (§. 34.). Diese Meinung fällt, sobald er-

---

p. 386 seq. Wernher observ. forens. tom. I. part. 4. obs. 1. n. 9. Teller diss. de reconvent. §§. 2. 8. Thibaut: System des Pandektenrechts (6. Ausg. Jena 1823). §. 1077. (Die meisten Leser werden wissen, daß in den spätern Ausgaben die Theorie des Prozesses weggelassen ist). Zimmern: Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian. Bd. III. (Heidelberg 1829.) §. 100.

22) L. 4. Cod. de compens. (4. 31.): „— Compensationem haberi oportet — quoad concurrentes quantitates."

wiesen ist, daß negotium das judicium bedeute (§. 34.). Angenommen aber, es sei damit der Klagegrund bezeichnet, so ist zu erwägen, 1) daß die Einrede der Kompensation „ex causa dispari et diverso contractu“ statthaft ist [23]), und 2) daß eine Widerklage aus dem nämlichen negotium hervorgehen, und ihre Selbstständigkeit durch Richtung auf eine andere Leistung, als die Klage, behaupten kann (§. 34.). Die directa und contraria z. B. haben eine gemeinsame Quelle, jene aber geht auf Vertragserfüllung, diese auf Schadensersatz. Oben (§. 4.) haben wir bereits ein Beispiel gehabt, wie ein Kläger mit der contraria auftritt, und der Beklagte die directa widerklagend anbringen kann. Also zwingt uns der Ausdruck „in eodem negotio,“ man mag ihn in der einen oder anderen Bedeutung verstehen, nicht zu der Annahme, daß die Einrede der Kompensation in Mitte liege. Uebrigens ist auch noch in dem Gesetze die Kompetenz des Richters beanstandet, und der Anstand gehoben. Allein über die vom Beklagten vorgebrachten Einreden konnte die Kompetenz des Richters der Klage nicht zweifelhaft sein, da sie im Rechte anerkannt und vorgeschrieben ist [24]); es war also kein Grund gegeben, dieselbe erst festzusetzen.

Einladender ist schon die Meinung, das Gesetz spreche von folgendem Falle der Kompensation: Ein Beklagter hat eine, der Klagesumme gleiche, oder kleinere, Gegenforderung durch die Einrede der Kompensation geltend zu machen, und gänzliche oder theilweise Entbindung von der Klage zu bewirken gesucht, also von einem Ueberschusse weder Etwas vorgebracht, noch um eine deßfallsige Verurtheilung des Klägers gebeten. Die Einrede mit ihrem Gesuche ist auch gegründet. Während des Prozesses entdeckt aber der Richter von sich aus, der Kläger habe

---

23) Pauli recept. sent. lib. II. tit. 5. §. 3.

24) Gaji comment. lib. IV. §. 61. §. 30. Inst. de action. (4. 6.).

dem Beklagten noch überdieß Etwas zu geben oder zu leisten. In diese Schuld soll er ihn, in Folge seiner Entdeckung, von Amtswegen, verurtheilen, ungeachtet, daß der Beklagte darauf nicht angetragen hat [25]). Dieß wird aus einer Analogie zu rechtfertigen versucht. Zeno nämlich hat den Richter angewiesen, den Beklagten in seine ganze Schuld zu verurtheilen, wenn der Kläger Weniger begehrt hat [26]), und von Justinian ist diese Vorschrift wiederholt [27]). Nun wird angeblich der Beklagte durch das Vorschützen einer Einrede Kläger [28]), und ihm gegenüber der Kläger Beklagter; also ist hier der gleiche Fall gegeben, daß ein Kläger zu Wenig begehrt hat, und folglich muß auch hier der Gegner (der erste Kläger, welcher nunmehr als Beklagter anzusehen ist) in den entdeckten Ueberschuß von Amtswegen verurtheilt werden [29]). Obgleich diese Ansicht Manches für sich hat, so können wir uns ihr doch nicht anschließen.

---

25) Cujacii paratit. in Cod. lib. VII. tit. 45: „Si in ea ipsa re ex qua agit actor reo debere deprehenditur, non reus actori, actor condemnari possit.“

26) L. 1. Cod. de plus petit. (3. 10): — „Si vero quis minus, quam re vera sit, taxaverit suam litem, nec ad hoc respiciat judex, sed in veram quantitatem calculum ferat.“

27) §. 34. Inst. de action. (4. 6): „Si minus in intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat: veluti si cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit: aut si cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit: sine periculo agit: in reliquam enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio ei condemnat ex constitutione divae memoriae Zenonis. L. 2. §. 1. Cod. de plus petit. (3. 10.): „Qui autem minus petit in judicio, in nullo laeditur.“

28) L. 19. pr. Dig. de probat. (22. 3.) L. 1. pr. Dig. de except. (44. 1.)

29) Robert de non-usu pract. dist. inter mut. petit. atque reconvent. §. 19.

Vor Allem ist es ein Anachronismus, wenn man eine, von Justinian lediglich nacherzählte Aeusserung Papinians aus Stellen von Zeno und Justinian erklärt. Denn Papinian lebte und schrieb in einer viel früheren Zeit. Wenn auch immer Paulus in der L. 28. Dig. de leg. (1. 3.) sagt: „Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint: idque multis argumentis probatur;“ so weist er uns doch damit nicht an, den historischen Sinn eines alten Gesetzes durch ein neues zu erklären, sondern neben den neuen Gesetzen auch die alten anzuwenden, soferne diese durch jene nicht aufgehoben sind [30]). In Beziehung auf die klassische Periode flößen uns einige Stellen [31]) Bedenklichkeiten genug gegen die Behauptung ein, daß der Richter über das Gesuch der Partei geradezu habe hinausgehen können. Die Abgeschlossenheit der formula ließ dem judex einen solchen Spielraum nicht (§. 4.). Hätte Papinian gegen die gemeine Regel das officium judicis dahin erweitern wollen, daß er ermächtigt sein solle, die formula zu überschreiten, und den Kläger zu einer Leistung unaufgefordert zu verurtheilen, d. h. mit andern Worten: eine Widerklage zu suppliren oder zu

---

30) Donelli comment. lib. I. cap. 13. §. 15 seqq.

31) Gaji comment. lib. IV. §. 56: — „Minus autem intendere licet: sed de reliquo intra ejusdem praeturam agere non permittitur: nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae.“ §. 57. ibid.: „Si vero minus positum fuerit, quam oportet, hoc solum (actor) consequitur, quod poscit: nam tota quidem res in judicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam judex egredi non potest.“ L. 23. Dig. de judiciis (5. 1.) Paulus lib. 7. ad Plautium: „Non potest in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est.“ L. 18. Dig. comm. divid. (10. 3.) Javolenus lib. 2. epist. — „Ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.“

fingiren; so hätte diese bisher unerhörte Disposition, als Haupttheil seines Ausspruches, ausdrücklich aufgestellt werden müssen; denn eine solche Neuerung läßt sich nicht durch Schweigen einführen. Allein gerade über das Handeln von Amtswegen ist von Papinian nichts gesagt; dieses wird erst von den Gegnern in die Stelle hinein interpretirt. Es scheint sogar, daß noch nach Zeno's und Justinian's Bestimmungen der Richter den Beklagten nur dann habe voll verurtheilen können, wenn der Kläger sich geirrt hatte, und im Verlaufe des Prozesses den Mehrbetrag ausdrücklich nachforderte. Man braucht, um dieses wahrscheinlich zu finden, nur an allgemeine Rechtsprinzipien zu appelliren, deren fortwährende Giltigkeit vorauszusetzen ist. Schwieg der Kläger, so konnte der Richter nicht wissen, ob Jener mit Fleiß schwieg und verzichtete, und es wäre wenigstens Aufforderung zu einer Erklärung (interrogatio in jure) nöthig gewesen, deren affirmative, die Nachforderung bethätigende, Beantwortung allein die Verurtheilung des Beklagten in das Mehr rechtlich möglich gemacht hätte. War aber, bei dem Schweigen oder Verneinen der Partei, in Beziehung auf das Mehr kein Kläger vorhanden, so konnte es auch dafür keinen Richter und folglich auch keine Verurtheilung geben. Eine von Amtswegen angenommene Klage auf das Mehr würde einen unerlaubten Zwang enthalten haben [32]). Die Verurtheilung des Beklagten zu einer in der Klage nicht geforderten Summe ist ein besonderer Rechtsvortheil, der dem Kläger nicht aufgedrungen oder durch eine eigenmächtige libelli mutatio von Seite des Richters nachgetragen wird [33]), sondern eine Bewerbung der Partei erheischt. Auch mußte doch der Beklagte sich wegen der, in der Klage nicht enthaltenen, Mehrforderung vertheidigen können; diese Vertheidigung setzte aber einen Angriff

---

32) Tit. Cod. ut nemo invit. ag. vel accus. cog. (3. 7.)

33) L. 69. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

des Klägers voraus; denn gegen den Richter, welcher eine Entdeckung gemacht hat, findet eine Vertheidigung nicht Statt, da sonst der Richter, im Widerspruche mit seinem Berufe, als Partei oder Anwalt erscheinen würde. Dieß Alles schränkt die Gewalt des Richters, den Beklagten über das Gesuch der Klage hinaus zu verurtheilen, auf den Fall einer vom Kläger wirklich nachgeschobenen Mehrforderung ein [34]), und wenn man analog schließt, so darf der Richter den Kläger über das Gesuch der Einrede hinaus nur dann verurtheilen, wenn der Beklagte einen Ueberschuß nachgefordert d. h. wenn er eine Widerklage nachgeschoben hat; allein suppliren oder fingiren darf der Richter letztere nicht. Wir werden indessen noch zeigen, daß heutiges Tags auch diese Nachschiebung unstatthaft sei.

Angenommen, nicht zugestanden, die Aussprüche der beiden Kaiser Zeno und Justinian dürften in dem gegnerisch vermeinten weiten Sinne ausgelegt werden, ist doch die gezogene Analogie noch immer unrichtig. Schon der Grundsatz in L. 141. pr. Dig. de reg. jur. (50. 17.): „quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias," steht ihr entgegen [35]). Man kann auch nicht sogleich auf Treue und Glauben annehmen, daß Alles, was der Richter zu Gunsten des Klägers thun dürfe, auch zu Gunsten des Beklagten gelte. Allerdings sind die Rechte beider Parteien gleich, aber nur da, wo die Verhältnisse und Voraussetzungen gleich sind; ausserdem wäre diese Regel unsinnig. Gleiche Rechtsbehandlung setzt gleiche Rechtslage voraus. Diese gleichen Verhältnisse und Voraussetzungen treten in unserem Falle nicht ein. Es ist etwas wesentlich Anderes, wenn

---

34) Langenn und Kori: Erörterungen praktischer Rechtsfragen. Th. I. Nr. XVII. S. 148 ff.

35) Vgl. LL. 14. 15. Dig. de leg. (1. 3.) Donelli comment. lib. I. cap. 14. §. 9 seqq. Cap. 28. de reg. jur. in VI. (5. 13.).

der Richter für Jemanden, der bereits geklagt hat, aber auf zu Wenig, das Mehr supplirt, besonders wo es sich aus der Geschichtserzählung der Klage herausstellt, und nur in das unschlüssige Gesuch nicht aufgenommen ist, als wenn er dem Beklagten, welcher noch gar nicht klagend und angreifend aufgetreten ist, erst eine Klage und einen Angriff von *A* bis Ω in den Mund legt. Dort wird nur die Klage ergänzt, und der materielle Inhalt der Parteirolle vermehrt, zu dem bereits vorhandenen Stamme das Gleichartige und dazu Gehörige angereiht; hier aber wird erst die Widerklage in ihrer Genesis konstituirt, der bisherigen defensiven Parteirolle die entgegengesetzte offensive beigegeben, an die Einrede etwas wesentlich von ihr Verschiedenes angefügt. Wenn der Richter Niemanden zum Kläger machen darf, der gar nicht geklagt hat; so darf er auch Niemanden zum Widerkläger machen, der nur die Rolle des Beklagten übernommen hat. Wie inkonsequent wäre es, dem Richter die Supplirung von bloßen Einreden zu verbieten[36]), und ihm doch die Supplirung einer Widerklage zu gestatten, in Bezug auf das Kleinere und Billigere (die Vertheidigung) ihn zu hindern, und ihn zum Größeren und weniger Billigen (zu Unterlegung des Angriffs) vorwärts zu treiben! Die einzige Analogie, welche man aus Zeno's und Justinian's Bestimmungen bilden kann, ist diese, daß, so wie von dem Richter dem Kläger das Klagegesuch auf das Mehr ergänzt werden kann, auch dem Widerkläger das Widerklagegesuch auf das versäumte Mehr zu ergänzen sein mögte. Dabei ist aber angenommen, daß der Beklagte sich nicht auf die Einrede der Kompensation beschränkt, sondern bereits widergeklagt habe, nur aber auf einen zu kleinen Ueberschuß. Nun erst sind die Verhältnisse und Voraussetzungen beider Parteien gleich, denn sie haben beide geklagt, und nun erst gilt die von Pau-

---

36) Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen. Th. II. S. 187 ff.

lus gegebene Regel: „non debet actori licere, quod reo non permittitur“ [37]). Wollte man sich noch darauf berufen, daß der Beklagte vor dem Kläger begünstigt sei [38]), und daß man deßhalb zwar nicht die Supplirung oder Fiktion einer Klage, wohl aber einer Widerklage gestatten müsse, weil diese dem Beklagten nützen könne; so wäre auch dieser Schluß allzu voreilig. Denn die bessere Lage des Beklagten geht theils aus der natürlichen Eigenthümlichkeit seiner Rolle von selbst hervor, theils aus speziellen Gesetzen. Die Natur der Sache entscheidet hier nicht für den Beklagten, vielmehr widerstreitet es derselben, daß der Beklagte zugleich als Widerkläger behandelt werde, ohne sich dazu gemacht zu haben, und daß er seiner bequemen Rolle die ihm vielleicht lästige beigesellen müsse. Die speziellen Gesetze aber dürfen nicht über die von ihnen umfaßten Fälle ausgedehnt werden. Eine allgemeine Bevorzugung des Beklagten ist im Rechte nirgends begründet, die Gleichheit der Parteien ist vielmehr die Regel, und jede Ungleichheit eine streng auszulegende Ausnahme.

Vollends unhaltbar ist die Behauptung: der Beklagte werde durch das Vorschützen einer Einrede Kläger, und deßhalb seien auch auf ihn die oben angeführten Gesetze (Note 27) anzuwenden. Die Quellen äussern hierüber Folgendes: „In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta, si pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum esse“ [39]). — „Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est“ [40]). Damit ist nicht ausgesprochen, daß der,

---

37) L. 41. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

38) LL. 33. 125. Dig. ibid.

39) L. 19. pr. Dig. de probat. (22. 3.)

40) L. 1. pr. Dig. de except. (44. 1.)

eine Einrede vorschützende, Beklagte ein wahrer Kläger sei[41]). Wäre dieses wahr, so hätte Paulus in der L. 8. §. 1. Dig. de verb. signif. (50. 16.) nicht sagen können: „actionis verbo non continetur exceptio;“ denn hier ist die Klage von der Einrede geschieden. Jene Gesetze erwähnen bloß eine theilweise Aehnlichkeit, nicht eine Gleichförmigkeit beider Parteien und ihrer Funktionen: „actoris partibus fungi“ — „velut intentionem implere“ — „agere videtur.“ Die L. 19 stellt nur eine Vergleichung hinsichtlich der Beweislast an, was auch an andern Orten[42]) geschieht. Zwar heißt es im Schlußsatze der L. 1, nachdem sie im Vordersatze dem Beklagten bloß den äussern Anschein eines Klägers zugesprochen hat: „reus in exceptione actor est,“ sie stempelt ihn also völlig zum Kläger, aber doch nur im Bereiche seiner Einrede („in exceptione“). Setzt der Richter der Einrede eine Mehrforderung (eine Widerklage) zu, auf welche die Einrede gar nicht gerichtet ist, so macht er den Beklagten ausserhalb jenes Bereiches (extra exceptionem) zum Kläger, und befolgt nicht das Gesetz, sondern verletzt es[43]). Endlich wenn die L. 8. §. 1. Dig. de verb. signif. (50. 16.) festsetzt: „actionis verbo non continetur exceptio,“ so wird es eben so richtig sein zu sagen: exceptionis verbo non continetur actio, und hieraus den Folgesatz zu bilden: excipientis verbo non continetur actor.

Damit ist nachgewiesen, daß Zeno's und Justinian's Bestimmungen den Richter nicht ermächtigen, den Kläger von Amtswegen zu verurtheilen, wenn sich

---

41) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 2. §. 2. Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen. Th. IV. Abth. I. S. 193 ff.

42) L. 9. Dig. de probat. (22. 3.) L. 15. in f. Dig. de operis novi nunc. (39. 1.) L. 12. Dig. de except. (44. 1.)

43) Cap. 74. de reg. jur. in VI. (5. 13.): „Quod alicui gratiose conceditur, trahi non debet aliis in exemplum.“

der Beklagte auf die Einrede der Kompensation beschränkt hat,[44]), und daß also diese Gesetze der L. 14. den angesonnenen Sinn nicht unterlegen, selbst wenn diese aus jenen erklärt werden dürfte. Es ist ferner gezeigt worden, daß aus jenen Gesetzen höchstens gefolgert werden könne, der Richter dürfe eine gestellte, aber auf zu wenig gerichtete Widerklage auf das Mehr von Amtswegen erweitern. Wendet man dieß auf die L. 14. an, so ist die Behauptung gerettet, daß sie von der Widerklage spricht. Diese Behauptung unterliegt aber selbst nicht auf den äussersten Fall, wenn die L. 14. wirklich dasjenige ausspräche, was die Gegner hineinlegen. Denn der Richter, wenn es ihm erlaubt sein sollte, von Amtswegen eine Widerklage zu suppliren oder fingiren, und den Kläger darauf zu verurtheilen, darf um so mehr eine erhobene Widerklage ergänzen, und auf diese hin des Klägers Verurtheilung aussprechen. Die L. 14. bezieht sich also auch hiernach wieder auf die Anstellung einer Widerklage, zwar nicht (nach der Sprechweise des Dr. Olearius in Göthe's Götz) explicite, aber doch implicite.

---

44) Die von Robert (de non-usu pract. dist. inter mut. petit. atque reconvent. §. 19. not. 65.) aus Leyser (medit. ad Pand. spec. 468. med. 37.) angeführten Präjudizien, in welchen der Kläger auf den Grund einer richterlichen Entdeckung von Amtswegen verurtheilt ist, sind ganz schlechte Urtheile, und geben nach L. 12. Dig. de off. praes. (1. 18.) und L. 13. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) keine Normen ab. Nach dem gemeinen teutschen Civilprozesse kann bei einer solchen Entdeckung der Richter, selbst wenn die Salutar-Klausel (eine überflüssige Advokaten-Phrase) gebraucht ist, nichts Weiteres thun, als entweder das Mehr zur besondern Austragung verweisen, oder durch sein Fragerecht den Beklagten veranlassen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachzusuchen, und nach deren Ertheilung widerzuklagen. W. H. Puchta: über die Gränzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen (Nürnberg 1819.) §§. 26. 27. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §§. 163. 195.

Dieß indessen nur im Vorübergehen. Die L. 14. spricht von der Widerklage ganz direkt. Dieses ergibt sich von selbst, nachdem die Meinung widerlegt ist, daß in derselben von der Kompensation die Rede sei. Die Widerklage wird als zulässig erklärt, und der Richter ermächtigt, den widerbeklagten Kläger zu der vom widerklagenden Beklagten begehrten Leistung zu verurtheilen. Dabei wird auch ein eigener Gerichtsstand der Widerklage festgesetzt. Ist Jemand beklagt, so soll er vor dem Richter der Klage auch widerklagen dürfen. Die Einrede der Inkompetenz über die angesprochene Partei ist für diesen Fall aufgehoben. Es kommt nicht darauf an, ob ursprünglich und abgesehen von einer Widerklage, der Richter in Ansehung der Person des Klägers kompetent sei.

Es ist jetzt nur noch die Frage nach der Zurechnung übrig: was hat bereits Papinian, und was hat erst Justinian angeordnet? Von Beiden sind Bestimmungen im Gesetze enthalten. Die Disposition Papinian's wird bestätigt (roboratur), dabei aber auch vermehrt oder erweitert (augetur). Justinian sagt uns deutlich, Papinian habe bereits angeordnet, daß der Richter der Klage den widerbeklagten Kläger verurtheilen könne. („Cum Papinianus — disposuerit, non solum judicem de absolutione rei judicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare"). Diese Anordnung wird von Justinian bestätigt („Hujusmodi sententiam roborandam esse sancimus, ut liceat judici vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronunicare" d. h. also condemnare). Diese Stelle gibt zugleich auch wieder zu erkennen, daß die Widerklage schon in der klassischen Zeit bekannt und gebräuchlich war (§. 4.); denn Papinian gehörte notorisch dieser Zeit an. Dennoch berechtigt dieser Umstand noch nicht, kategorisch auszusprechen, daß Papinian in seinen Quästionen die Widerklage zuerst eingebürgert und allein behandelt habe. Da sich das Institut mit dem

Prozeß der formula vertrug (§. 4.), konnte es durch die Praxis allein aufkommen, und bedurfte vielleicht die Auctorität eines Klassikers nicht. Ueberdieß hat nach den oben (Nr. I und II) angeführten Stellen Gajus bereits die Widerklage gekannt und kommentirt; vielleicht war dieß auch bei Labeo der Fall; die L. un. §. 3. Dig. si quis jus dic. non obtemp. (2. 3.) scheint darauf hinzudeuten (Nr. V.). Die gegentheilige Meinung kann selbst nicht dadurch begründet werden, daß Justinian in der L. 14. ausschließend und einzig auf Papinian sich beruft, und nur die Disposition dieses Juristen, nicht aber irgend eine gleiche seiner Kollegen bestätigt. Den Redaktoren des Kodex fielen vielleicht bei der Abfassung des Gesetzes jene Stellen nicht bei, oder sie hielten es für hinreichend, die Ansicht eines einzigen Klassikers ausdrücklich zu bestätigen, indem ja damit auch zugleich die übereinstimmenden Theorieen der Andern stillschweigend zu Ehren gebracht waren. Dieß Letztere wird um so wahrscheinlicher, wenn man bedenkt, daß Papinian als Matador galt, und „summi ingenii vir“ genannt wird. Vielleicht war auch die Thesis noch streitig, oder erst durch Papinian streitig geworden, und dieß mag Justinian bewogen haben, Papinian's Meinung als die richtige zu bestätigen. Die Bestätigung wäre wenigstens nicht Bedürfniß gewesen, wenn man nicht gezweifelt oder gestritten hätte. Der Kaiser würde dabei seinem Vertrauen auf Papinian [45]) und dem alten Grundsatze gefolgt sein, daß in zweifelhaften Fällen Papinian's Meinung den Vorzug haben solle [46]). Wichtig für diese Konjektur

---

45) Vgl. §. 7. Inst. de fideicommiss. hered. (2. 23.): „homo excelsi ingenii.“ §. 4. Const. Omnem rempubl. de rat. et meth. jur. docendi ad antecess.: „acutissimi“ — „pulcherimus“ — „maximi.“ Nov. 4. cap. 1.: „maximus.“ Nov. 108. pr. §. 2.: „sapientissimum.“

46) L. un. Cod. Theod. de respons. prud. (1. 3.): — „Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potius

ist es, daß die L. 14. unterschrieben ist: „Dat. 15. Kal. Decemb. Lampadio et Oreste V. V. C. C. Cons. 530," und also Spuren an sich trägt, daß sie eine von den (fünfzig) Entscheidungen sein möge, durch welche Justinian die Streitigkeiten der alten Juristen schlichtete [47]).

Daß Papinian auch den Gerichtsstand der Widerklage eingeführt, oder nur erwähnt habe, kommt im ersten Absatze des Gesetzes, wo doch allein Papinian's Disposition vorgetragen wird, nicht vor; diese Bestimmung kommt daher nicht auf Papinian's Rechnung, sondern ist Justinian's eigenes Werk, durch welches er die Disposition des Juristen vermehrte. Es ist wenig-

---

numerus vincat auctorum: vel si numerus aequalis sit, ejus parti secedat (accedat?) auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus."

47) Höpfner: Kommentar über die heineccischen Institutionen (7. Aufl. Frankfurt am M. 1803). §. 7. Nr. 4.: „Woran sie zu erkennen, und wie sie zu zählen sind, ist sehr zweifelhaft. So viel ist indessen gewiß; wenn eine Verordnung im Koder die Ueberschrift: Justinianus Juliano P. P. oder Joanni P. P. führt, (oder?) die Unterschrift hat: Lampadio et Oreste Coss. oder anno primo post consulatum Lampadii et Orestis, oder anno secundo post consulatum Lampadii et Orestis, das heißt: wenn sie aus den Jahren 530, 531 oder 532 gegeben ist, und eine Streitfrage der alten Juristen entscheidet; so gehört sie zuverläßig unter die 50 Entscheidungen. Man sehe z. B. L. 10. Cod. de impub. et aliis substit. (6. 26.) L. 31. Cod. de fideicommiss. (6. 42.) L. 19. Cod. ad leg. Falcid. (6. 50.)." — Wieling in seiner „jurisprudentia restituta" (Amstelodami 1727.) pag. 144. hat einen Katalog verfaßt, und unsere L. 14. nicht aufgenommen, allein zugegeben, daß es außer jenen 50 Entscheidungen noch andere dergleichen gebe. Vgl. a. a. O. not. *: „Numerum quinquagenarium non omnium Justiniani decisionum, quae longe plures fuerunt, sed ejus temporis intuitu, quo constitutio de emend. Cod. Just. edita fuit, intelligimus."

stens nicht zu erkennen, wo ausserdem eine Vermehrung zu finden sei. Im ersten Absatz ist Papinian's Disposition vorgetragen und gutgeheißen, im zweiten Absatz führt Justinian seine eigene Disposition auf. Dieß ist eine sehr natürliche und gewöhnliche Methode der Gesetzgeber, daß sie zuerst das ihnen beliebte Alte bestätigen, oder das unbeliebte aufheben, und dann erst ihre eigenen Anordnungen treffen [48]). Umschrieben würde das Gesetz so lauten: 1) Videmus, inter alios jam Papinianum, summi ingenii virum, in quaestionibus suis rite disposuisse, non solum judicem de absolutione rei judicare, sed et ipsum actorem reconventum condemnare debere, si judex actoris competens sit; quam sententiam, tanquam sapientiae nostrae convenientem, roborandam esse sancimus. 2) Sed etiam augendam eam esse, nobis propositum est, quem ad finem hac nostra constitutione praecipimus, ut liceat judici actorem reconventum condemnare, etsi actoris non competens sit, nec unquam ideo judicis incompetentis exceptio opponatur. 3) Dispositionis hujus rationem in eo ponimus, ut cujus actor arbitrium [49]) observat in agendo, eum et habere reconventus idem contra se judicem in eodem negotio non dedignetur. Das am Ende stehende Motiv spricht besonders dafür, daß der Gerichtsstand nicht von Papinian herrührt. Papinian's Disposition über die Gewalt des Richters hinsichtlich des Klägers war bereits eingebürgert, und hatte die Auctorität des Alterthums für sich, sie bedurfte also keine Motivirung mehr, und ist ohne Gründe vorgetragen; wahrscheinlich waren diese von Papinian selbst in den Quäſtionen bereits angegeben. Mit dem Ge-

---

48) Vgl. Nov. 1. 2. 118.

49) Gleichbedeutend mit sententia. L. 78. Dig. pro socio (17. 2.) L. 7. pr. Dig. de contrah. emt. (18. 1.) Vgl. L. 6. pr. Cod. de postul. (2. 6.) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 1. §. 7. cap. 3. §. 17.

richtsstande aber wollte Justinian etwas Eigenes verordnen, und diesen seinen Ausspruch motivirte er daher, um die Zweckmäßigkeit und Billigkeit desselben zu zeigen. Dessen ungeachtet hat Justinian den Gerichtsstand der Widerklage nicht zuerst erfunden und eingeführt; denn Zeno hatte ihn bereits gekannt (§. 8.). Wahrscheinlich beruhte er noch bloß auf der Praxis, und dessen Anwendung war noch bisweilen Schwierigkeiten und Zweifeln unterworfen. Von Zeno wird derselbe ohnehin nur in Beziehung auf die Prozeßkosten erwähnt. Justinian hielt es daher für zweckmäßig, ihn durch ein ausdrückliches Gesetz im geschriebenen Rechte zu befestigen [50]).

V) **L. un. Dig. si quis jus dic. non obtemp. (2. 3.) Ulpianus [51]) lib. 1. ad edict.: „Omnibus magistratibus, non tamen Duumviris, secundum jus potestatis suae concessum est, jurisdictionem suam defendere poenali judicio. §. 1. Is videtur jus dicenti non obtemperasse, qui, quod extremum in jurisdictione est, non fecit, veluti, si quis rem mobilem a se vindicari passus non est, sed duci eam**

---

50) Faber (conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 5. n. 2.) legt in das Gesetz eine Neuerung Justinian's ganz eigener Art. Dieser soll nämlich dem Richter die Gewalt gegeben haben, den Kläger zu verurtheilen, ohne den Beklagten zu verurtheilen oder loszusprechen. Faber ist aber nicht nur den Beweis schuldig geblieben, sondern hat auch übersehen, daß eines Theils die Verurtheilung des Klägers bei wechselseitigen fungiblen Forderungen eine Befreiuung des Beklagten so weit involvirt, als die Klagesumme reicht, und daß das völlige Schweigen über den Beklagten eine Rechtsverweigerung hinsichtlich der Klage enthalten würde, Justinian also das alte Recht nicht erweitert, sondern eingeengt hätte. Vgl. **L. 19. §. 1. Dig. de recept. qui arbitr. (4. 8.) L. 27. Dig. famil. ercisc. (10. 2.) L. 3. Dig. de re jud. (42. 1.) L. 7. Dig. de confess. (42. 2.) L. 37. Dig. de reg. jur. (50. 17.)**

51) Unter Septimius Severus (193—211), † unter Alexander (222—235.).

vel ferri passus est; ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur. — §. 3. Non solum autem reum, qui non obtemperavit, hoc edicto teneri Labeo ait, verum etiam petitorem.“

Dem Magistrate wird hier eingeräumt, auch den Kläger zu einer Leistung anzuhalten. Cujacius[52]) hat die Stelle mit der Aeusserung Papinian's in der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) in Verbindung gebracht, und angenommen, daß von einem widerbeklagten Kläger die Rede sei, weil nur einem solchen eine Leistung aufliegen könne. Diese Auslegung hat Manches wider sich. Denn Ulpian nennt hier Labeo als Auctor, und es wäre zu viel gewagt, ohne Weiteres vorauszusetzen, daß er sich im Namen geirrt, und Papinian gemeint habe, besonders da auch Labeo vieles Neue einführte[53]). Labeo aber lebte noch vor Papinian, und wir kennen die Stelle Labeo's nicht, welche Ulpian anzieht; wahrscheinlich ist sie von Tribonian in die Pandekten nicht aufgenommen worden. Ferner kann zwar der Kläger, bloß als Widerbeklagter, in einer Hauptsache verurtheilt werden, Etwas zu leisten, aber in Beziehung auf Nebensachen, (namentlich Kosten, von denen man gewiß behaupten kann: „extremum in jurisdictione sunt, hoc est ultima linea et terminus jurisdictionis“ [54]), da sie am Ende des Prozesses zur Entscheidung kommen) kann der Richter auch einen nicht widerbeklagten Kläger zu einer Leistung anhalten [55]). Indessen ist es ungewiß, was Ulpian im

---

52) Observ. lib. XXIV. cap. 25.

53) L. 2. §. 47. Dig. de orig. jur. (1. 2.).

54) Cujacii observ. l. c.

55) L. 79. pr. Dig. de judiciis (5. 1.) L. 10. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 78. §. 2. Dig. de legat. 2. (31.) L. 13. §. 6. L. 15. Cod. de judiciis (3. 1.) L. 3. Cod. de fruct. et lit. expens. (7. 51.).

Sinne habe, und es ist allerdings möglich, aber nicht ausgemacht, daß er von dem widerbeklagten Kläger spricht [56]).

VI) L. 33. §§. 3. 4. 5. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) Ulpianus lib. 9. ad edict.: „Ait praetor: cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat. „Aequum praetori visum est, eum qui alicujus nomine procurator experitur, eundem etiam defensionem suscipere.“ „Si quis in rem suam procurator interveniat: adhuc erit dicendum, debere eum defendere: nisi forte ex necessitate fuerit factus.“

Die Auslegung folgt unten (§. 19.).

VII) L. 2. §. 5. Dig. de judiciis (5. 1.) Ulpianus lib. 3. ad edict.: „Item si extra provinciam suam contraxerunt, licet non in Italia: quaestionis est, an Romae conveniri possint? Et Marcellus, in eo solo privilegio eos uti domum revocandi, quod in civitate sua, vel certe intra provinciam contraxerunt, quod est verum. Sed et si agant, compelluntur se adversus omnes defendere. Non tamen si injuriam suam persequantur, vel furtum, vel damnum, quod nunc passi sunt, alioquin (ut et Julianus eleganter ait) aut impune contumeliis, et damnis adficientur, aut erit in potestate cujusque, pulsando eos, subjicere ipsos jurisdictioni, dum se vindicant.“

Ulpian handelt von den Personen, die das, unter Nr. IX. zu erörternde, privilegium revocandi domum haben. Dieses soll nur giltig sein, wenn sie in ihrer Stadt oder innerhalb ihrer Provinz kontrahirt, nicht aber wenn sie ausserhalb ihrer Provinz, selbst ausserhalb Italien, sich verbindlich gemacht haben; dann können sie zu Rom belangt werden. Klagen sie selbst, so müssen sie in

---

56) Vgl. Basilicor. lib. VII. tit. 7. (Ed. Heimbach. tom. I. pag. 291.) Jani a Costa in Decretal. summar. et comment. lib. II. tit. 4. pag. 385.

jedem Falle vor dem nämlichen Richter, vor welchem sie ihre Klage angebracht haben, auch gegen eine etwaige Widerklage sich vertheidigen; ausgenommen, wenn ihre Klage eine Deliktsklage ist, damit sie nicht ungestraft beleidigt werden, oder der Beleidiger nicht Gelegenheit erhält, sie einem fremden Richter durch eine Widerklage zu unterwerfen, sobald sie Genugthuung begehrt haben (§. 37. Nr. VI.).

VIII) L. 1. §§. 14. 15. Dig. de extraord. cognit. (50. 13.) Ulpianus lib. 8. de omnib. tribunal.: „Ad nutricia quoque officium praesidis vel praetoris devenit: namque nutrices ob alimoniam infantium apud praesides, quod sibi debetur, petunt. Sed nutricia eo usque producemus, quoad infantes uberibus aluntur: ceterum post haec cessant partes praetoris vel praesidis. Haec omnia si apud praesides petantur, videamus, an de mutuis petitionibus possint praesides cognoscere? et putem debere admitti.“

Die römischen Magistrate durften die bei ihnen angefangenen Prozesse selbst instruiren und entscheiden, dieselben aber auch an judices überweisen (§. 4. Note 18.). Letzteres thaten sie in der Regel. Die Entscheidungen, welche die Magistrate beliebig selbst erlassen, oder durch judices besorgen konnten, hießen cognitiones ordinariae. In manchen Fällen durften jedoch die Magistrate der judicis datio sich nicht bedienen, sie mußten selbst die Sache bis zum Ende durchführen und entscheiden. Dieß waren die cognitiones extraordinariae, von welchen die Pandekten im 50. Buch, 13. Titel handeln. Die Forderungen der Ammen für die Unterhaltung der Säuglinge gehörten auch unter die Angelegenheiten, welche extra ordinem zu behandeln waren. Es fragte sich nun: wenn eine solche Forderung bei dem praeses oder praetor angebracht war, und der Beklagte bei demselben wegen einer, zur cognitio ordinaria, sich eignenden, Gegenforderung eine Widerklage erhob, sollte erstere von dem praeses oder praetor selbst entschieden, für letztere

aber ein judex bestellt werden? Ulpian meint, auch die Gegenforderung solle extra ordinem ohne judicis datio entschieden werden, vermuthlich um die wechselseitigen Ansprüche nicht von einander zu reißen, und sie nicht in zwei judicia zu ziehen. Auch hierdurch ist indessen kein Gerichtsstand der Widerklage in der Art bestellt, daß in Ansehung der Person des Widerbeklagten ein inkompetenter Richter erst kompetent wird. Denn die genannten Magistrate sind ja bereits kompetent, da sie selbst entscheiden dürfen, und die judicis datio nicht nothwendig, sondern nur erlaubt ist. Hier wird ihnen dieselbe abgerathen, sie sollen von ihrer Kompetenz unmittelbar Gebrauch machen, und damit ist folglich nur die Form des judicium vereinfacht [57]).

IX) L. 22. Dig. de judiciis (5. 1.). Paulus [58]) lib. 3. ad Plautium: „Qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, et ad eundem judicem mitti.“

Man hat dieses Gesetz auf die Widerklage bezogen, und in folgender Weise verstanden: Niemand ist verbunden, bei einem Richter sich beklagen zu lassen, welchem er nicht persönlich unterworfen ist; hat aber Jemand bei einem solchen Richter selbst Klage erhoben, so muß er auch bei dem nämlichen Richter eine Widerklage annehmen. Von einer Widerklage wird hier allerdings gesprochen, aber nicht von einer solchen, die vor einem, in Ansehung der Person des widerbeklagten Klägers, inkompetenten Richters angestellt ist; auch wird hier weder der heutige Gerichtsstand der

---

57) Jani a Costa in Decret. summar. et comment. lib. II. tit. 4. pag. 383. 393. Teller diss. de reconvent. §. 6. Robert de non-usu pract. dist. inter mut. petit. atque reconvent. §. 16. Zimmern: Geschichte des röm. Privatrechts. Bd. III. §. 100.

58) Ein Zeitgenosse Ulpian's, er saß noch im Auditorium Papinian's. L. 40. Dig. dc reb. cred. (12. 1.) L. 97. Dig. de adquir. rer. dom. (29. 2.).

Widerklage festgesetzt, noch ein allgemeiner Grundsatz ausgesprochen. Die Stelle ist von dem privilegium revocandi domum [59]), zu verstehen. Bei den Römern war die Stadt Rom, nachher auch Konstantinopel [60]), der allgemeine Gerichtsstand aller Unterthanen des Reichs. Wenn sie nur dort anwesend waren, konnten sie daselbst beklagt werden, sie mogten nun in einer Provinz, oder in einem municipium wohnen, wo es auch war. Keiner konnte hier mit der Einrede des unstatthaften Gerichtsstandes sich schützen [61]). Nur einigen Personen war das

---

59) L. 5. Dig. de judiciis (5. 1.).

60) L. un. Cod. de privileg. urb. Constantinop. (11. 20.).

61) L. 28. §. 4. Dig. ex quib. caus. major. (4. 6.) L. 33. Dig. ad municip. (50. 1.) Die schweizerische Rechtsgeschichte enthält eine gleiche Einrichtung. Vgl. die erneuerte Gerichts-Satzung vor die Stadt Bern und derselben teutsche Städte und Landschafften v. 1761, Th. III. Tit. 2. Satzung 9: „Wann einer Unserer Burger einen anderen Unserer Burger um eine persönliche Ansprach, Rechtlich belangen will, und aber der, so belanget wird, ausserthalb der Stadt und des Stadt-Gerichts wohnhaft wäre: So soll solch Unseren Burgeren frey stehen, den Richter über ihre Streitigkeit entweders in der Stadt, oder anderswo, wie es ihnen beydseitig gefällig seyn mag, zu bestimmen; falls aber sothane Partheyen sich des Richters halben, in der Freundlichkeit, mit einander nicht vergleichen könnten, so soll dennzumalen der Beklagte, ungeacht daß er anderswo wohnhafft wäre, dennoch schuldig seyn, in der Stadt, als vor seinem Competierlichen Richter, sich Rechtlich einzulassen: Und demnach soll er auch allhier ein Haus zu seinem Wohn-Sitz verzeigen, da ihm die Fürbotte angelegt werden mögen." Satzung 11 a. a. O.: „Wann einer Unserer Burger dem andern, den laut obiger Satzung begehrten Wohnsitz in der Stadt, in der Freundlichkeit, nicht verzeigen wollte: So kan der Kläger sich bei Unserem Rath anmelden, mit Begehren, daß dem Abwesenden, wo sich derselbe immer in dem Land befinden mag, nach gewohnter Form gebotten werde, innerthalb einer

Privilegium ertheilt, daß sie, obgleich in Rom während ihres Aufenthalts daselbst beklagt, die Verweisung der Sache an den Richter ihres Wohnorts gegen Kaution verlangen konnten [62]). Dieß hieß privilegium revocandi domum. Dasselbe fiel jedoch weg, wenn der Privilegirte selbst in Rom geklagt hatte. In diesem Falle konnte er nicht nur von dem Beklagten widerbeklagt, sondern auch von jedem Andern bei dem implorirten städtischen Gerichte in Anspruch genommen werden (Nr. VII). Hier wurde also nicht ein inkompetentes Gericht durch die Widerklage über die Person des Widerbeklagten kompetent gemacht; denn dieser war ja, abgesehen von seinem Privilegium und dessen Gebrauch, jenem Gerichte bereits unterworfen; sondern das Privilegium wurde nur außer Wirksamkeit gesetzt, und der Beklagte gegen die Wegziehung seiner Klage in den Wohnort des Gegners geschützt [63]).

Zeit von vierzehen Tagen, den begehrten Wohnsitz zu verzeigen. Wann dann auch diesem Unseres Raths Befehl nicht die gebührende Folg geleistet wurde: So soll, nach Verlauf des besagten Termines, der Kläger lediger Dingen an des anderen Gesellschaffts-Haus, als desselben Wohnsitz, gewiesen: Und dann in dem Rechten, wie wann der Beklagte gegenwärtig wäre, fortgefahren werden." — Diese Verordnung ging wohl schwerlich aus einer Nachahmung des römischen Rechtes hervor, sondern aus dem aristokratischen Bestreben, der Stadt vor der Landschaft bequeme Privilegien zuzuwenden; sie liefert aber einen Beweis, wie bisweilen die Gesetzgebungen, ganz unabhängig von einander, in dem nämlichen Punkte zusammentreffen.

62) L. 2. §§. 3. 4. 5. Dig. de judiciis (5. 1.) Donelli comment. lib. XVII. cap. 13.

63) Vgl. L. 32. §. 9. Dig. de recept. qui arbitr. (4. 8.) Jani a Costa in Decretal. summ. et comment. lib. II. tit. 4. pag. 381. Teller diss. de reconvent. §. 4. Robert de non-usu pract. dist. inter mut. petit. atque reconvent. §. 13. Zimmern: Geschichte d. röm. Privatrechts. Bd. III. §. 100.

X) L. 6. Cod. de compens. (4. 31.) Imp. Alexander (222—235.) A. Polydeucae (nicht Pollidenti): „Neque scriptura, qua cautum est, accepta, quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit, et compensationis aequitatem jure postulas. Non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit: eo magis, quod ea te persequi dicis, quae a muliere divortii causa amota quereris.“

XI) L. 1. Cod. rer. amot. (5. 21.) Idem eidem: „Compensationis aequitatem jure postulas: non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit: eo magis, quod ea te persequi dicis, quae divortii causa amota quereris. Cum igitur apud competentem judicem ex stipulatu conveniaris, apud eundem doce tui juris res ablatas esse“ (230.).

Beide Gesetze gehören zusammen. Polydeuca war von seiner Frau geschieden. Diese hatte wegen der Scheidung einige seiner Sachen auf Seite geschafft, und wegen der dos bei einem Richter geklagt, welchem beide Ehegatten unterworfen waren. Der beklagte Mann dagegen begehrte bei dem nämlichen Richter die entwendeten Sachen. Der Mann besorgte nun, er werde früher zur Herausgabe der dos verurtheilt, als der Richter auf seine Forderung eingehe, und er befragte also den Kaiser, ob er verbunden sei, zu leisten, ehe noch sein Begehren gewürdigt worden? Alexander findet es billig, daß er die Leistung zurückhalte, bis über sein Recht entschieden sei [64]). Offenbar stehen diese Stellen mit der L. 1. §. 4. Dig. quae sent. sine appell. (49. 8.) in Verbindung. Es ist möglich, daß Alexander von der Einrede der Kompensation spricht, denn er gebraucht nicht nur den Ausdruck compensatio,

---

64) Jani a Costa in Decretal. summar. et comment. lib. II. tit. 4. p. 384. Teller diss. de reconvent. §. 2. Robert de non-usu etc. §. 15. Vgl. auch fragm. Vatic. §§. 105. 106. 107.

sondern die mutua petitio kann auch auf das petitum der Einrede gehen (§. 6. Note 13). Allein analog können wir das Gesetz auf die Widerklage beziehen. Setzen wir endlich voraus, daß die dos wahrscheinlich in Geld, das Entfremdete in Naturalien bestand, so daß, abgesehen von einer aestimatio, eine Kompensation nicht eintreten konnte, oder nehmen wir an, daß die Frau über den Betrag der dos hinaus zugegriffen habe; so ist wirklich die Widerklage gebilligt, und ihr Suspensivkraft beigelegt [65]).

XII) L. 1. §. 4. Dig. quae sent. sine appell. (49. 8.) Macer [66]) lib. 2. de appell.: „Si apud eundem judicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris fuit, et judex me priorem tibi condemnavit, quo magis tu prior me condemnatum habeas: non est mihi necesse pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones (Nr. X. u. XI.) judicatum a me petere non possis, prius quam de mea petitione quoque judicetur: sed magis est, ut appellatio interponatur.“

Diese Stelle enthält eine Nutzanwendung der beiden vorigen Gesetze. Wenn gegenseitige unverzinsliche Forderungen bei dem nämlichen Richter angebracht sind, und die eine früher, als die andere, zu Gunsten des Klägers entschieden wurde; so soll nach den kaiserlichen Verordnungen die entschiedene nicht exequirt werden, bis auch die andere abgethan ist. Der zuerst Unterliegende hat daher auch nicht nöthig, zu appelliren; es ist aber räthlicher die Appellation einzuwenden. Da der Jurist von einer Verurtheilung beider Parteien spricht, scheint er zwei Klagen vorauszusetzen [67]).

---

65) Vgl. Tit. Dig. de act. rer. amot. (25. 2.).

66) Nach Ulpian und Paulus, vielleicht noch unter Alexander.

67) Jani a Costa in Decretal. summar. et comment. lib. II. tit. 4. pag. 384. Zimmern: Geschichte d. röm. Privatrechts. Bd. III. §. 100. Krug: die Lehre v. d. Kompensation. §. 19. Note 117.

§. 8.

Wir treten nunmehr in das neuere Recht ein. Hier finden wir eine unglossirte Verordnung des Kaisers Zeno (497 — 518), welche von Cujacius [1]) aus den Basiliken restituirt, und durch den dritten Absatz im principium für uns wichtig ist:

L. 5. pr. Cod. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) Imp. Zeno: „Constitutio praecipit, ut quivis judex in sententia sua jubeat victum factos in judicio sumptus praestare. Habet et potestatem judex transcendendi sumptum ad decimam usque partem eorum, quae impensa sunt, si eum ad hoc partis ejus, quae sumptum profudit, impudentia permoverit: ita ut ea, quae impensas excedunt, ad fiscales rationes pertineant, nisi forte judex detrimentum partis victricis sarcire volens, partem aliquam horum ei adsignet. Neque tantum actor atque reus (in expensas) condemnantur, quum judex utrique competens est: verum etiam quum non est judex actoris competens, qui tamen ex reconventione victus sit, nec eum judicem recusare possit: sive adeo praesides, sive dati a principe arbitri judices fuerint“ [2]).

Daß „ἀντεναγωγη“ in den Basiliken die Widerklage bedeute, ist außer Zweifel (§. 6. Note 23). Cujacius hat das Wort nicht mit mutua petitio, sondern

---

1) Observ. lib. XII. cap. 1.

2) Basilicor. lib. IX. tit. 3. cap. 69. (Ed. Heimbach. tom. I. pag. 459 seq.): „Ἡ διαταξις κελεύει, ὥστε πάντα δικαστὴν ἐν τῇ ἀποφάσει αὐτοῦ κελέυειν, τὸν ἡττηθέντα διδόναι τα δαπανήματα πάντα τά ἐν τῷ δικαστηρίῳ γενόμενα· ἔχοντος ἔξουσίαν αὐτοῦ τοῦ δικαστοῦ, καὶ ὑπερβαίνειν τὴν δαπάνην, ἕως τῆς δεκάτης μοίρας τῶν δαπανηθέντων, εἂν αὐτὸν ἡ ἀναισχυντία τοῦ ἡττηθέντος μέρους πρὸς τοῦτο παρακινήσῃ, ὥστε τὸ ὑπερ τά δαπανήματα τῷ δημοσίῳ λόγῳ διαφέρειν· εἰ μή τι ἄρα ὁ

mit reconventio übersetzt, da er die Glosse (a. a. O. Note 21) vor Augen hatte. Bei aufmerksamer Betrachtung des Gesetzes scheinen uns jene Rechtslehrer [3]) Unrecht zu haben, welche daraus schließen, Zeno habe zuerst den Gerichtsstand der Widerklage eingeführt. Zeno gibt drei Vorschriften. Zuerst spricht er im Allgemeinen aus, jeder Richter solle im Endurtheile die unterliegende Partei in die gerichtlichen Auslagen verurtheilen. Dieß ist eigentlich nichts Neues; denn dazu war der Richter vor und nach Zeno verbunden [4]). Der Kaiser schärft hier nur einen alten Grundsatz ein, und setzt ihn an die Spitze seiner Verordnung, um nicht ex abrupto anzufangen, sondern für seine Dispositionen eine Grundlage und einen Anknüpfungspunkt zu gewinnen. Im zweiten Absatze kömmt eine neue Disposition vor. Der Richter soll in der Verurtheilung die Summe der Auslagen bis zum zehnten Theil übersteigen dürfen, wenn die Partei sich eine Frivolität zu Schulden kommen ließ. Der Ueberschuß soll dem Fiskus zufallen, doch darf auch der Richter noch hiervon dem Sieger einen Theil zusprechen, um ihn für einen auffer-

---

δικαστὴς τὴν τριβὴν τοῦ νενικηκότος μέρους βουληθεὶς θεραπεῦσαι μέρος τί ποτε ἐκ τούτων αὐτῷ ἀφορίσαι· καταδικαζομένου μὴ μόνον τοῦ ἐνάγοντος καὶ τοῦ ἐναγομένου, ὅτε πρόσφορος ἑκατέρῳ ἐστὶν ὁ δικαστής, ἄλλα κἂν του ἐνάγοντος ἀπρόσφορός ἐστιν, ἡττηθῇ δὲ ἐξ ἀντεναγωγῆς, μὴ δυνάμενος ἐκεῖνον τὸν δικαστὴν παραιτήσασθαι, εἴτε ἄρχοντες εἶησαν δικασταὶ, εἴτε θεῖοι διαιτητάι.“

3) Jani a Costa in Decretal. summar. et comment. lib. II. tit. 4. pag. 393. Teller diss. de reconvent. §. 10. Robert de non-usu pract. dist. inter mut. petit. atque reconvent. §. 16.

4) L. 79. pr. Dig. de judiciis (5. 1.) L. 10. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 78. §. 2. Dig. de legat. 2. (31.) L. 13. §. 6. L. 15. Cod. de judiciis (3. 1.) L. 3. Cod. de fruct. et lit. expens. (7. 51.).

ordentlichen Verlust zu entschädigen [5]). Im dritten Absatze endlich verordnet Zeno, der Richter solle den Unterliegenden, sei es nun der Kläger oder Beklagte, nicht bloß dann in die Auslagen verurtheilen, wenn er über die Person beider Theile kompetent ist, sondern er dürfe auch dem Kläger Auslagen aufbürden, wenn er über diesen nicht (ursprünglich) kompetent, Letzterer aber mit einer Widerklage überwunden sei, und folglich den Richter nicht ablehnen könne. Der Gerichtsstand der Widerklage ist dadurch charakterisirt, daß der Richter einen widerbeklagten Kläger, über den er ursprünglich nicht kompetent ist, auch in der Hauptsache verurtheilen kann. Dieses verordnet Zeno nicht, er vindizirt nur dem Richter die Befugniß, einen solchen Kläger in die Auslagen zu verfällen. Schon vor Zeno war es, nach den oben (Note 4) angeführten Gesetzen, nicht nothwendig, daß der Richter über die Person des Klägers kompetent sei, um diesen zu Nebensachen zu verurtheilen, die Kompetenz war nur zur Verurtheilung in der Hauptsache erforderlich. Zeno wiederholt dieses, weil ihm die alten Gesetze nicht ausdrücklich genug vorkommen, und damit man nicht glaube, er ermächtige, wegen seines Schweigens über die Inkompetenz, nur den kompetenten Richter zur Verurtheilung des Klägers in die Auslagen. Zugleich wendet er dasjenige, was von dem Kläger überhaupt galt, auf den widerbeklagten Kläger speziell an. Zwar folgt dieß von selbst, weil auch der widerbeklagte Kläger in der Widerklagsache Partei ist, wie der Kläger in der Klagsache; Zeno wollte aber seine Verordnung vollständig machen, und sprach also aus, daß der über den Kläger inkompetente Richter denselben in einem Widerklage-Prozesse in die Auslagen verurtheilen solle. Der Kaiser ist von der originellen Aufrichtung des Gerichtsstandes der Widerklage (bezüglich) auf Verurtheilung in der Hauptsache) so weit

---

5) Vgl. §. 1. Inst. de poena tem. litig. (4. 16.).

entfernt, daß er ihn vielmehr voraussetzt; denn er spricht davon nicht in dispositiven Worten, sondern er referirt in erzählenden Ausdrücken, als wenn dieser Gerichtsstand schon vor ihm bekannt oder begründet gewesen sei, und als wenn er sich auf eine notorische Praxis beziehe; er resumirt und subsumirt. Dieß finden wir vorzüglich in dem Satze: „nec eum judicem recusare possit.“ In einer Paraphrase würde die Disposition also lauten: Neque tantum actor atque reus rite in expensas condemnantur, quum judex utrique competens est; verum etiam actor reconventus a judice incompetenti in expensas, quae ex lite reconventionis proficiscuntur, jure condemnatur, quum ex reconventione victus sit: nam actorem reconventum coram judice, apud quem ipse conventionem edidit, hunc tanquam incompetentem recusare non posse jam dudum constat, illumque ab eodem in causa reconventionis principali bene condemnari non dubitatur. Ergo, quoniam accessorium sequitur principale, judici illi quoque potestas est, contra actorem reconventum condemnationem in expensas reconventionis pronunciare sententia, licet actoris competens non sit, quod in majorem juris nostri et antiqui perspicuitatem expressa sermone constituimus. Würde der Kaiser beabsichtigt haben, den Gerichtsstand der Widerklage in seiner ganzen Ausdehnung erst einzuführen, und die Regeln der Kompetenz durch eine so wichtige Ausnahme mit einem einzigen Schlage zu durchbrechen; dann hätte er sich deutlich und vollständig in direkten und dispositiven Worten ausdrücken, und auch nebstdem noch Motive anführen müssen. Statt dessen aber gleitet er darüber nur mit einer leichten Andeutung hin, wie man es zu machen pflegt, wenn man auf alte und bekannte Uebungen hinweist. Leider ist das Original-Gesetz für uns verloren; was die Basiliken liefern ist nur ein Auszug und ein referens sine relato, und dieser Umstand scheint besonders dazu beigetragen zu haben, daß man in unserer Stelle Etwas finden

wollte, was nicht in derselben vorhanden ist[6]). Es ist sofort nicht ausgemittelt, wann der Gerichtsstand der Widerklage aufgekommen, ob er durch ein förmliches Gesetz und von wem er eingeführt worden sei. Vor Zeno muß er schon bestanden sein; denn dieser setzt ihn bereits voraus. Um so weniger hat ihn erst der nach Zeno regirende Justinian durch die L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) in das Dasein gerufen. Ein ausdrückliches Gesetz über die Einführung vor Zeno ist aber nicht aufzufinden. Es scheint, als sei dieser Gerichtsstand als Autochthon aus der billigen Praxis von selbst allmälig und unvermerkt hervorgewachsen, wozu die Kompensation Vieles beigetragen haben mag. Denn da Kompensation und Widerklage aus dem Munde des Beklagten kommen, und beide auf Gegenforderungen gehen, so war damit ein Fingerzeig gegeben, die Widerklage eben so, wie die Einrede der Kompensation, in dem judicium der Klage zuzulassen, und dabei selbst auf die Inkompetenz des Richters über die Person des widerbeklagten Klägers keinen Werth zu legen, damit nicht der Beklagte wegen einer größeren und nicht fungiblen Gegenforderung vom judicium der Klage ausgeschlossen sei, während ein anderer Beklagter mit einer gleichen oder kleineren und fungiblen Gegenforderung diesen Vortheil genoß (§. 3.). War es dahin gekommen, so mußten auch die Juristen und Gesetzgeber davon Notiz nehmen, und sich darauf beziehen, und es ist

---

6) Die von Teller (diss. de reconvent. §. 10.) angeführten Stellen, in welchen Justinian angeblich die L. 5. Cod. erwähnt, stehen theils unserer Ansicht nicht im Wege, da sie die Widerklage nicht berühren, theils beziehen sie sich nicht auf die besprochene Verordnung Zeno's, sondern auf die L. 1. Cod. de plus petit. (3. 10.) oder auf eine fehlende. Vgl. §. 33. Inst. de action. (4. 6.) §. 10. Inst. de except. (4. 13.) Nov. 60. cap. 2. Nov. 82. cap. 1. Gothofred ad Nov. 60. cap. 2. Corp. jur. civ. Ed. fratres Kriegelii. §. 33. Inst. cit.

natürlich, daß unter solchen Umständen die Ausdrücke nicht dispositiv ausfielen.

In den Novellen hat Justinian die Widerklage weiter modifizirt. Dieß geschah durch die Nov. 96. cap. 2: „Illud quoque promereri competentem correctionem decet. Adiit nos quidam docens, quia in conventionem fecit obligatum sibi apud quendam gloriosissimorum nostrorum judicum: deinde qui factus est in conventione tanquam et ipse actorem obligatum habens, eum apud alium traxit judicem: et aliquid inopinabile fiebat, quia enim uterque seorsim actoris obtinet officium, miserandum quiddam et risibile inde veniebat: mox enim cum voluisset aliquis propriam movere litem: repente is qui ex diverso convenerat, apud alium judicem trahebat eum, apud quem ipse sortitus fuerat judicem: et alterutros protrahentes immortaliter permanserunt litigantes. Sancimus igitur, si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra se conventionem exposuit, non apud alium judicem, sed apud eum mox a principio convenire, et eundem esse judicem in utroque negotio. Si vero forsan displicuerit apud quem litem sortitus est judex, licet ei etiam hoc emendare: viginti enim dierum inducias dantibus nobis post libelli transmissionem, postquam oportet litem contestari: licet intra praedictam suspensionem refutare quidem illum: alium vero mereri, apud quem similiter utramque exerceri competit litem: et ejusmodi artes in nullo fieri, sed unumquemque proprio jure uti. Si itaque tacuerit, deinde postea voluerit causam apud alium judicem movere; necessitatem eum habere sustinere terminum ejus litis illatae sibi ab eo qui eum in judicium traxit: et dum finem lis acceperit, tunc eum suam causam apud alium judicem proponere: ut ita tales eorum auferamus artes, et in alterutros calumnias“ (539. [7]).

7) Basilicor. lib. VII. tit. 4. cap. 1: (Ed. Heimbach. tom. I.

Der erste Theil der Novelle enthält die faktische Veranlassung. Justinian findet es unzweckmäßig (,,inopi-

---

pag. 269.): „Θεσπίζομεν εἴ τις ὑπένθυνον οἴεται ἔχειν τὸν κατ' αὐτοῦ την αἰτίασιν ἀποθεμενον μὴ παρ' ἑτέρῳ δικαστῇ, ἀλλὰ παρ' αὐτῷ ἐυθὺς ἔξ ἀρχῆς αἰτίασασθαι καὶ τὸν αὐτὸν εἰναι διπαστὴν ἐφ' ἑκατέρας ὑποθέσεως· εἰ δέ γε τυχὸν ἀπαρέσειεν αὐτῷ ὁ παρ' ᾧ τὴν δίκην ἀπεκληρώσατο δικαστής, ἔξεστιν αὐτῷ καὶ τοῦτο ἐπανορθοῦσθαι· εἴκοσι γὰρ ἡμερῶν προθεσμίαν ἐνδόντων ἡμῶν μετὰ τὴν τοῦ βιβλίου πομπήν, μεθ' ἣν δεῖ προκατάρχεσθαι, ἔξεστιν εἴςω τῆς εἰρημένης ἀναχωχῆς παραιτήσασθαι μὲν ἐκεῖνον ἑτέρου δε τυχεῖν, παρ' ᾧ πάλινόμοίως ἑκατέραν ἀγωνίζεσθαι προσήκει δίκην, καὶ τὰς τοιαύτας τεχνας κατὰ μηδὲν γίνεσθαι, ἀλλ' ἕκαστον τοῖς ἰδίοις χρῆσθαι δικαίοις· εἰ μέντοι σιγήσειεν, ἐιτα ὕστερον βουληθείη παρ' ἑτέρῳ δικαστῇ τὴν δίκην κινεῖν, ἀνάγκην ἔχειν αὐτὸν ἀναμένειν τὸ πέρας τῆς δίκης τῆς ἐπαγομένης αὐτῷ παρὰ τοῦ εἰς δικαστήριον αὐτὸν ἑλκύσαντος· καὶ ἐπειδὰν πέρας ἡ δίκη λάβῃ, τηνικαῦτα αὐτὸν τὴν οἰκείαν δίκην παρ' ἑτέρῳ δικαστῇ προτιθέναι· ἵνα οὕτω τὰς τοιάυτας αὐτῶν ἀνέλωμεν τέχνας τε καὶ κατ' ἀλλήλων ἐπινοίας.“ (Sancimus, ut si quis eum, a quo convenitur, sibi debere crediderit, non apud alium judicem, sed apud eundem statim ab initio eum conveniat, ut idem utriusque actionis judex sit. Quod si forte judex, apud quem judicium sortitus est, ei displiceat, licet ei, etiam hoc emendare: nam cum viginti dierum spatium post libelli oblationem concessimus, post quod litem contestari oporteat, licet intra dictum intervallum illum recusare, alium autem nancisci, apud quem rursus utramque litem similiter exerceri, et istiusmodi artes pro nullo haberi, immo utrumque suo jure uti oportet. Si tamen siluerit, posteaque litem apud alium judicem movere voluerit, necesse habeat expectare finem litis ab eo, qui in judicium ipsum traxit, injectae: et cum lis finita fuerit, tunc ipse suam intentionem apud alium judicem proponat: ut ita tales eorum artes et mutuas machinationes e medio tollamus).

nabile, miserandum et risibile“), daß zwei Personen zu gleicher Zeit bei verschiedenen Gerichten sich herumziehen, und er glaubt, darin Rettung zu erkennen, daß beide Klagen in das nämliche judicium kommen, d. h. daß die eine Klage als Hauptklage und die andere als Widerklage behandelt werde. Für die letztere macht er folgende Anordnungen:

1) Dem Beklagten wird verboten, während des gegen ihn anhängig gemachten Prozesses den Kläger bei einem andern Richter, als bei dem der gegnerischen Klage, zu beklagen, es wird ihm befohlen, und ein hypothetischer Zwang auferlegt, bei dem nämlichen Richter aufzutreten, sofern er nicht die Beendigung der Klage seiner Gegenpartei abwarten will. Früher war es dem Beklagten bloß erlaubt und freigestellt, vor dem nämlichen Richter seine Klage anzubringen [8]). Auf die ursprüngliche Kompetenz des Richters über die Person des Widerbeklagten kam es ohnedieß jetzt nicht mehr an.

2) Die Widerklage wird an einen bestimmten Zeitraum gebunden. Sie soll sogleich im Anfange des Prozesses („mox a principio“) erhoben werden, bei der Einlassung [9]), welche früher in zehn Tagen nach Insinuation der Klage folgen mußte, nun aber binnen zwanzig Tagen Statt finden soll [10]). Damit ist die Gleichzeitigkeit des Prozesses ausgesprochen; denn gerade deßwegen soll die Widerklage bei der Beantwortung der Hauptklage vorkommen, damit beide Klagen zugleich verhandelt und entschieden werden können.

---

8) L. 18. §. 4. commod. (13. 6.) Oben §. 4. L. 1. §. 14. 15. Dig. de extraord. cognit. (50. 13.) §. 7. Nr. VIII. L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) §. 7. Nr. IV.

9) Nov. 123. cap. 25.: „in tempore, quo responsa faciunt.“

10) Nov. 53. cap. 3. §. 1. Auth. Offeratur. Cod. de litis contest. (3. 9.).

3) Der Beklagte darf innerhalb dieser zwanzig Tage den Richter der Hauptklage — nur nicht wegen Inkompetenz über seine Person [11]) — ablehnen, und einen andern erbitten [12]). Bei diesem soll alsdann sowohl die Haupt- als die rechtzeitig erhobene Widerklage erhoben werden. Dadurch erhielt der Hauptkläger für seine Hauptklage einen Richter ohne oder gar wider seinen Willen, und der Satz in der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.): „Cujus in agendo observat arbitrium (actor), eum habere et contra se judicem — non dedignetur, wurde, unter der Voraussetzung, daß das „observat" einen Akt der freien Wahl bezeichnet (§. 25.), durchlöchert.

4) Wenn der Beklagte die Widerklage in der festgesetzten Zeit nicht erhebt, und auch nicht einen neuen Richter erbittet, so darf er, so lange der Prozeß über die Klage seines Gegners dauert, bei einem andern Richter denselben nicht beklagen, sondern erst, wenn jener Prozeß beendigt ist.

Am Schlusse ist endlich der Rechtfertigungsgrund der ausgesprochenen Dispositionen angeführt. Der Kaiser will den Umtrieben und Ränken der Parteien ein Ende machen [13]).

Aus dieser, in der Folge noch weiter zu erörternden, Novelle ist die, ohne Auslegung klare, Auth. Et consequenter. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) gezogen: „Et consequenter ego ab aliquo conventus, si vicissim ipsum pulsare velim: statim quidem hoc non licet, nisi apud eundem judicem, qui

---

11) L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.).

12) LL. 12. 16. Cod. de judiciis (3. 1.) Cujacii observ. cap. IX. tit. 23.

13) Vgl. noch Fabri conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 6. Teller diss. de reconvent. §. 11. Robert de non-usu pract. dist. inter mut. petit. atque reconvent. §. 20. Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 204.

si displiceat, intra viginti dies recusari potest, aliusque mereri, apud quem rursus utrumque negotium ventiletur. Alioque lite contra me mota prius ventilata et terminata, tunc demum et ego admittar.“ Die Glosse bemerkt hierzu: „Pone — Titius convenit me apud judicem: volo eum reconvenire coram alio judice: an possim eum (illum) recusare? Respondeo quod possum, et debeo alium petere judicem nobis dari. Si vero in principio causae nihil dixit Titius, tunc debeo expectare, quae sententia detur: et causa terminata potero reconvenire Titium coram alio judice.“ Zwei Stücke sind an der Glosse auszusetzen: 1) im Schlußsatze bezieht sie das Recht, den Richter abzulehnen auf den Kläger Titius („si vero in principio causae nihil dixit Titius), da es doch sonst auf den Beklagten bezogen wird, und zwar sowohl in der Novelle 96 („si itaque tacuerit“ etc.), als in einem voranstehenden Satze der Glosse selbst („volo reconvenire — an possim — recusare?“); es sollte sofort heißen: „si vero nihil dixi; 2) irrig wird eine successive und getrennte Klage des ehemaligen Beklagten noch für eine Widerklage erklärt („reconvenire coram alio judice“ — „causa terminata — reconvenire — coram alio judice“).

Wenn wir hier noch ein Mal auf das römische Recht zurückschauen, und nach den Gründen fragen, aus welchen die Widerklage in dasselbe eingeführt sei, so finden wir, daß sie, wie die Kompensation, der Billigkeit ihre positive Giltigkeit verdankt (§. 3.) [14]), und sowohl aus dem Interesse der Parteien, als des Staates hervorging. Der Beklagte sollte in den Stand gesetzt werden, ohne Weiterungen seine Gegenforderung vor dem

---

14) L. 33. §. 4. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.): „Aequum praetori visum est, eum, qui alicujus nomine procurator experitur, eundem etiam defensionem suscipere.“

Richter und in dem Prozesse der Hauptklage geltend zu machen [15]) er sollte nicht ferner gebunden sein, die an ihn gemachte Forderung zu tilgen, ehe über seinen Anspruch entschieden worden ist [16]), das frivole Herumziehen und die Prozeßskandale sollten verhütet, die Zahl, Langwierigkeit, Verwirrung und Kostspieligkeit der Rechtsstreite eingeschränkt werden [17]).

§. 9.

Das kanonische Recht spricht von der Widerklage, als einer bereits bekannten und hergebrachten Sache, und widmet ihr einen eigenen, wenn gleich sehr kurzen, Titel in den Dekretalen: Tit. X. de mutuis petit. (2. 4.). Die Ausdrücke mutua petitio und reconventio (reconvenire) kommen in den Ueberschriften und in dem Texte vor. Die ganze Ausbeute besteht nur in abgerissenen Sätzen und einiger Kasuistik; eine namhafte Fortbildung hat unser Institut damit nicht gewonnen. Wir lassen hier zwölf bezügliche Stellen folgen:

I) Decret. Grat. can. 1. causa 3. quaest. 8. Zephyrinus (202—218) epistola I. ad Episcopos Siciliae: „Accusatores Episcoporum omni careant suspicione, quia columnas suas Dominus firmiter stare voluit, non a quibuslibet agitari. §. 1. Nullum namque eorum sententia a non suo judice dicta constringat,

---

15) L. 22. Dig. de judiciis (5. 1.) L. 1. §§. 14. 15. Dig. de extraord. cognit. (50. 13.) L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.).

16) L. 1. §. 4. Dig. quae sent. sine appell. (49. 8.) L. 6. Cod. de compens. (4. 31) L. 1. Cod. rer. amot. (5. 21.).

17) Nov. 96. cap. 2. Vgl. Fabri conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 6. n. 5. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 5. §. 9. Teller diss. de reconvent. §. 2. Perez praelect. in XII libros Cod. Just. lib. VII. tit. 45. n. 23. Hennings: die Zulässigkeit der Widerklage. S. 42 ff.

quia et leges saeculi id ipsum fieri praecipiunt, (ut Codice libro septimo, titulo de sententiis et interlocutionibus omnium judicum, lege penultima, §. 2. Cujus in agendo quis observat arbitrium, eum habere etiam contra se judicem non dedignetur).“

Die pseudoisidorische Stelle ist nur hergesetzt wegen des Citates aus der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.), welches aber im Briefe des Zephyrinus, so wie in den alten Handschriften Gratian's fehlt, und erst von einem Glossator eingeschoben ist [1]).

11) Cap. 1. X. de mutuis petit. (2. 4.) Alexander III. Vulterano Episcopo et Abbati de Spongia, anno 1180 in Campaniam: „Quoniam rationis ordo exigit, ut plebanus et Clerici Maturen. Abbati et fratribus Maturen. monasterii de iis, quae adversus eos proponunt, debeant in vestra praesentia respondere, cum sibi ex ipsis coram vobis a sede Apostolica delegatis justitiam postulant exhiberi: mandamus, quatenus actione plebani et Clericorum proposita, et responsione facta: monitione praemissa compellatis eosdem memoratis Abbati et fratribus in continenti coram vobis super suis quaestionibus respondere, ut vicissim postmodum rationes partium audientes, concordia vel justitia utriusque negotium terminetis.“

Vor einem delegirten Gerichte ist Jemand, in Verbindung mit Klerikern, gegen einen Abt und Klosterbrüder klagend aufgetreten, und die Beklagten haben eine Widerklage erhoben. Das Gericht wird angewiesen, die Kläger, nachdem ihre Klage vorgebracht und von den Gegnern beantwortet ist, zur sofortigen Beantwortung der Widerklage anzuhalten, damit beide Klagen zugleich erledigt werden. (§. 26. Nr. III.)

---

1) Jani a Costa in Decretal. summar. et comment. lib. II. tit. 4. pag. 380.

III) Cap. 10. X. de restit. spoliat. (2. 13.) Lucius III. G. Archidiacono et J. Presbytero Turon. anno 1181 Roma in Galliam: „Ex conquestione B. mulieris ad nos noveris pervenisse, quod cum C. miles eam sibi matrimonio copulasset, et maritali affectione pertractans, ex ipsa filiam suscepisset, sine judicio ecclesiae a se removit eandem: et de accusando super consanguinitate matrimonio, remoto appellationis obstaculo, literas ad judices impetravit: cum autem prius quam a judicibus mulier citaretur, per dioecesanum Episcopum virum sibi restitui petiisset, et ob hoc ad nos proprium nuncium destinasset: demum coram praefatis judicibus constituta, modo per se, modo per procuratorem, ante ipsius causae ingressum et post, virum sibi restitui postulabat. Judices vero restitutione denegata (quod fieri non debuit) in principali procedere voluerunt: unde ipsa nostram audientiam appellavit. Mandamus, quatenus si ita est, mulieri virum restitui faciatis, quae post appellationem ipsius acta sunt, in irritum revocantes: postmodum super matrimonio causam audiatis, et fine canonico terminetis.“

Der Soldat C. hatte die B. geheirathet, und in der Ehe mit ihr eine Tochter erzeugt. Ohne vorgängigen Ausspruch der kirchlichen Behörde trieb er die Frau von sich hinweg, und erhob bei Gericht Klage auf Aufhebung der Ehe wegen Blutsverwandschaft der Gatten. Ehe aber noch eine gerichtliche Ladung an die B. ergangen war, verlangte sie durch den Bischof der Diözese die Wiedervereinigung mit ihrem Manne, und wendete sich deßhalb an den Papst selbst. Als sie endlich vor dem Gerichte wegen der Klage des C. zur Rede gestellt wurde, bestand sie vor und nach der Einlassung darauf, daß der Mann ihr wiedergegeben werde. Das Gericht wies dieses Ansinnen zurück, und wollte die Verhandlung der Hauptsache vornehmen, wogegen die B. an die Kurie appellirte. Der Papst mißbilligt die Ansicht der Richter, und ordnet an,

daß vor Allem der Frau ihr Mann zurückzugeben sei, alles nach eingelegter Appellation Verhandelte kassirt werde, und erst nachher die Klage des C. instruirt und entschieden werden solle. Die Klage der Frau ist die Spolienklage, gegründet auf die gewaltsame Entsetzung aus dem Besitze der ehelichen Gemeinschaft [2]). Die Frau hatte verlangt, daß ihre Klage als präjudiziell vorher behandelt werde, und die des Mannes bis zur erfolgten Restitution suspendirt bleibe; sie hatte also keine eigentliche Widerklage erhoben, da sie gegen die Identität des Prozesses protestirte. Indem der Papst in ihre Ansicht eingeht, huldigt er sofort dem Grundsatze, daß ein Präjudizialpunkt nicht als Widerklage im gleichzeitigen Prozesse mit einer andern Klage aufgefaßt werden solle (§. 37. Nr. IV.).

IV) Cap. 2. X. de mutuis petit. (2. 4.) Coelestinus III, anno 1195, Roma in Galliam: „Sane consuluisti nos, utrum cum causa appellatione remota committitur, et reus coram eodem judice actorem reconvenerit, et actor super reconventione appellationis obstaculum interponit, an sit hujusmodi appellationi deferendum? Nos vero ita sentimus, quod cum actoris et rei eadem sit conditio, et uno eodemque jure circa appellationis remedium debeat uterque censeri, sicut desiderat actor, ut sibi juxta mandatoris rescriptum justitia fiat appellatione remota: eodem modo reconvenienti debet in sua justitia respondere.“

Nach dem kanonischen Rechte konnten Richter in der Art delegirt werden, daß der Beklagte bei denselben sich einlassen mußte, und wegen dieser Verbindlichkeit nicht appelliren durfte. Dieß will der Ausdruck „appella-

---

2) Das kanonische Recht sieht überhaupt die Verstoßung eines Ehegatten als Spolium an. Deßhalb steht unser Fall im tit. de restit. spoliat. Vgl. noch Cap. 13. h. tit. Cap. 3. X. de divort. (4. 19.).

tione remota“ sagen [3]). Vor einem solchen Kommissär hatte Jemand geklagt, und der Beklagte eine Widerklage erhoben. Der widerbeklagte Kläger aber wollte sich darauf nicht einlassen, und appellirte. Es wurde angefragt, ob diese Appellation zuläßig sei? Der Papst verwirft sie aus folgenden Gründen: Der Hauptbeklagte darf wegen der Einlassung auf die Hauptklage nicht appelliren, weil die Delegation mit der Klausel: appellatione remota, ergangen ist; nun sind aber die Rechte beider Parteien gleich, und in Beziehung auf die Befugniß zu appelliren muß die eine wie die andere beurtheilt werden; also darf auch der widerbeklagte Kläger wegen Einlassung auf die Widerklage nicht appelliren, sondern gleichwie dieser, auf den Grund des vom Delegirenden erlassenen klausulirten Reskripts, verlangen kann, daß seine Sache durch die Appellation nicht gestört werde, eben so kann der Widerkläger darauf bestehen, daß ihm der Gegner auf sein Anbringen ohne Weiteres antworte.

V) Cap. 2. X. de ordine cognit. (2. 10.) Innocentius III Episcopo Narmarinensi, anno 1206, Roma in Umbriam: „Cum dilectus filius Abbas de Ferentino de nobilibus viris dominis de Artone deposuerit quaestionem, quod manu armata, et cum exercitu ad castrum monasterii venientes, in praedis animalium et aliis damnificare dictum coenobium praesumpserunt: de quibus justitiam sibi fieri postulabat. Et circa litis contestationem sub forma exceptionis fuit ex adverso responsum, quod per ipsius dolum et violentiam castrum Sirati amiserant: quod

---

3) Vgl. Cap. 1. X. de rescript. (1. 3.) Cap. 15. 27. X. de off. et potest. jud. deleg. (1. 29.) Cap. 10. X. de restit. spoliat. (2. 13.) Cap. 9. X. de sent. et re jud. (2. 27.) Cap. 41. 53. X. de appell. (2. 28.) J. H. Boehmer jus ccclesiast. protest. lib. II. tit. 28. §. 20. seqq. — Vgl. auch L. 2. Cod. si a non compet. jud. (7. 48.).

et progenitores eorum tenuerant, et ipsi possederant in quiete: sibi petentes prius restitui, quam petitionibus ipsius responderent, praesertim cum testes haberent praesentes, per quos intentionem suam in continenti probare volebant. Verum ex parte Abbatis fuit taliter replicatum, quod ab eo restitutio peti non poterat, qui non fuerit spoliator, praesertim cum dictum castrum ad jus et proprietatem sui monasterii pertineret: quod etiam pars adversa nullatenus denegabat, unde et verus dominus (ad quem ab alio res sua possessa revertitur etiam post tempora longiora) retentionis debebat commodum obtinere: et judicium restitutorium contra spoliatorem tantum competere dignoscitur. Nos autem distinguendum esse credimus, utrum spoliationis quaestio ab eisdem nobilibus sit objecta in modum actionis ad restitutionem petendam, an in forma exceptionis ad intentionem adversarii repellendam. Cum ea in modum actionis proposita, intelligantur mutuae petitiones sese tanquam diversae minime contingentes: ac per hoc juxta regulam juris (qua dicitur: qui prior appellat, prior agat [4]) quae prius esset proposita, prius foret tractanda: quanquam in idem judicium ambae deductae, vicissimque tractatae, simul essent eadem sententia terminandae. Sed quoniam quaestio illa fuit ab eisdem nobilibus tantum in modum exceptionis objecta: interloquendo pronunciamus, ut probationes eorum super ipsa exceptione primitus audirentur, et ea probata legitime, Abbati non cogerentur respondere super petitionibus memoratis, donec restituerentur ab ipso: cum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere. Verum spoliatione in modum exceptionis tantum probata, non

---

4) L. 29. Dig. de judiciis (5. 1.). Vgl. Cap. 54. de reg. jur. in VI. (5. 13.).

est per hoc restitutio facienda. Quemadmodum si in modum exceptionis aliquod crimen testi objicitur, ut a testimonio repellatur, etsi crimen contra eum civiliter probatum fuerit, non ideo sibi poena infligitur ordinaria, sed ejus duntaxat testimonio non creditur, quod ea ratione contingit, quoniam in ipsum accusatio non procedit. Testes etiam, quorum testimonium reprobatur, inter infames quasi ex falso testimonio non habentur.“

Die schwülstige Beredsamkeit des Vatikans hat hier sich selbst übertroffen. — Die adeligen Herren von Arton hatten mit bewaffneter Hand und ihren Dienstleuten das Klostergebiet des Abtes von Ferentinum überfallen, allda geraubt, und Schaden angestiftet. Der Abt stellte daher Klage auf Restitution der Beute und auf Schadenersatz. Im Termine der Einlassung brachten die Beklagten die exceptio spolii vor, aber auf ungeschickte Weise; denn sie bezogen dieselbe nicht auf das beraubte und beschädigte Objekt, als wenn sie der Abt aus dem Besitze jenes Klostergebietes geworfen hätte, sondern auf eine ganz andere Liegenschaft. Sie trugen nämlich vor, der Kläger habe ihnen früher böslicher und gewaltsamer Weise die Besitzung Siratum, welche ihre Vorfahrer und sie selbst ruhig innegehabt hätten, weggenommen; sie verlangten daher, daß ihnen dieselbe zurückgestellt werde, und bis dieses geschehen sein würde, verweigerten sie die Antwort auf die Klage um so mehr, da ihre Einrede sogleich liquidirbar sei; denn die Zeugen, durch welche sie dieselbe auf der Stelle beweisen könnten, seien gegenwärtig. Der Abt hätte diese Einrede rügen, und sich nur eventuell und unter Protestation darauf einlassen sollen; allein er begnügte sich, zu repliziren: die Beklagten könnten mittels der exceptio spolii von ihm die Restitution von Siratum nicht fordern, er habe gar kein Spolium begangen, sondern nur sein Eigenthum genommen, denn Siratum gehöre seinem Kloster zu, was die Gegner nicht einmal leugneten, dagegen aber seien diese die Spolianten von

Ferentinum, und ihm (als dem Spoliirten) müsse daher das Geraubte restituirt werden.

Wir würden die Einrede der Beklagten verworfen, und sie für verbunden erklärt haben, auf die Klage sich einzulassen, aus folgenden Gründen:

1) Die Beklagten haben die Klage nicht widersprochen, überhaupt nur erst die Verbindlichkeit zur Einlassung bestritten. Sie haben unter der Form einer Einrede behauptet, der Kläger habe ihnen durch ein Spolium Siratum entzogen, er sei verbunden, ihnen dieses zu restituiren, vor erfolgter Restitution liege ihnen nicht ob, auf die Klage sich einzulassen; sie baten also, sie von der Verbindlichkeit zur Einlassung bis nach erfolgter Zurückgabe von Siratum zu entbinden, und den Kläger zu dieser Zurückgabe zu verurtheilen.

2) Diese Einrede muß aber verworfen werden. Denn

a) Einreden dürfen sich nur auf Thatsachen beziehen, welche das Streitobjekt unmittelbar betreffen. Die L. 2. pr. Dig. de except. (44. 1.) sagt: „Exceptio opponi solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.“ Durch die Klage sind die Beute und der Schaden im Klostergebiete von Ferentinum als Streitobjekt bezeichnet, die Beklagten aber ziehen Siratum in den Streit, und verletzen also obigen Grundsatz.

b) Einreden dürfen bloß eine Vertheidigung gegen die klägerischen Ansprüche ausdrücken, und auf Lossprechung des Beklagten gerichtet sein. L. 18. §. 4. Dig. commod. (13. 6.). L. 2. pr. Dig. de except. (44. 1.). Die Beklagten aber greifen an, und verlangen die Verurtheilung des Klägers. Um diese zu realisiren, hätten sie eine Klage erheben müssen.

3) Ungeachtet daß das Gesuch der Einrede nicht auf diese, sondern auf eine Klage paßt, so darf doch nicht von Amtswegen fingirt werden, es sei eine Klage gestellt. Denn die Beklagten haben einmal ihr Vorbringen als Einrede bezeichnet, und die Supplirung einer Klage

ist um so mehr unzuläſſig, da der Kläger ſich nicht als beklagt betrachten mußte, und alſo auch ſeine Taktik nicht wie ein Beklagter einzurichten nöthig hatte. Er würde daher im rechtlichen Gehör beeinträchtigt ſein, wenn man ihn jetzt, da die Akten geſchloſſen ſind, plötzlich wie einen förmlich Beklagten behandeln und verurtheilen wollte (§. 7. Nr. IV [5]).

4) Obgleich die Klage nicht widerſprochen iſt, ſo iſt ſie doch auch nicht zugeſtanden, ſo daß die Beklagten ſchon itzt definitiv verurtheilt werden könnten. Denn nach L. 9. Dig. de except. (44. 1.) kann eine Partei, welche eine Einrede vorſchützt, und gleichwohl die Einlaſſung unterläßt, nicht als geſtändig angeſehen werden. Demnach müſſen die Beklagten lediglich für verbunden erklärt werden, ſich nunmehr, nachdem die Einrede durchgefallen iſt, auf die Klage einzulaſſen. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß es ihnen unbenommen iſt, ihre Anſprüche auf Siratum klagend auszutragen. —

Anders Innozenz III. Dieſer meint, man müſſe unterſcheiden, ob von den Beklagten das Spolium als Klage (actio spolii), mit dem Geſuche, daß der Abt zur Reſtitution verurtheilt werde, oder als Einrede (exceptio spolii) mit dem Geſuche um Losſprechung vorgebracht ſei. Würde der erſte Fall vorliegen, ſo ſeien zwei verſchiedene, ſich (materiell) gar nicht berührende, Klagen vorhanden; denn die Klage des Abtes iſt auf Reſtitution der Beute und auf Erſatz des Schadens von Fe-

---

5) Die allgemeine Gerichtsordnung für die preußiſchen Staaten (von 1793. Berlin 1831.) Th. I. Tit. 19. §. 6. erklärt den Unterſchied, ob der Beklagte ſeine Gegenforderung bloß in ſeiner Exception angebracht, oder ob er deßhalb eine förmliche Widerklage angeſtellt habe, für eine bloße Formalität, auf die es nicht weiter ankommen ſoll; allein das preußiſche Recht hat ſtatt des teutſchen Verhandlungs-Prinzips das Unterſuchungs-Prinzip adoptirt, aus welchem obige Beſtimmung erklärt werden muß.

rentinum gerichtet, die Klage der Beklagten geht auf Restitution von Siratum der Substanz nach; sie sollen also nicht untereinander geworfen werden, sondern die zuerst angebrachte Klage ist nach den Regeln der Präventionen[6]) zuerst zu erledigen[7]); sind sie aber (gegen diese Regeln) im nämlichen Prozesse angebracht und behandelt worden, d. h. ist die Klage des Beklagten eine Widerklage, so sollen sie gleichwohl in dem nämlichen Urtheil entschieden werden. Allein hier liegt nicht dieser, sondern der obige zweite Fall vor. Die Beklagten haben nicht geklagt, sondern das Spolium als Einrede vorgebracht. Statt nun aber diese, aus den obigen Gründen, zu ver-

---

6) L. 29. cit: „Qui appellat prior, agit.“ Man bemerke, daß hier das Komma erst nach prior steht, und mit dieser Interpunktion die päpstliche Ansicht nicht gut übereinstimmt. Donellus (comment. lib. XVII. cap. 12. §. 10.) bezieht die Stelle auf die judicia duplicia, und bestreitet die Beziehung auf die Widerklage: „Nihilo rectius accipi potest definitio de eo petitore, qui mutua petitione convenitur. — Nam in mutuis istis petitionibus non debuit dici is, qui prius agit, appellare (interpellare, provocare ad judicium. L. 16. §. 6. Dig. de fidejuss. 46. 1.) prior, sed aperte prior agere; cum et eum priorem agere conveniat inter omnes. Quid autem magis nugatorium, quam dicere in his petitionibus, eum qui prior agit, agere? quasi quisquam dubitare possit, an qui agit, non agat; proinde ac si quis dicat, jus est jus, actio est actio, homo est homo. In quibus nihil plane dicitur. Tum autem verum non est, in mutuis petitionibus eum, qui prior agit, aut si malumus, qui prior appellat, solum agere, seu solum pro actore esse. — Nam in his et qui agit prior, et qui mutuam petitionem regerit, agunt ambo, et pro actoribus ambo habentur, est enim utriusque distincta et propria petitio.“ J. H. Boehmer jus ecclesiast. protest. lib. II. tit. 10. §. 5.

7) Warum sollten nicht beide Klagen zugleich neben einander in zwei Prozessen verhandelt werden, da keine die andere affizirt? J. H. Boehmer jus ecclesiast. protest. lib. II. tit. 4. §. 1.

werfen, legt der Papst den Beklagten den Beweis der Einrede auf, und suspendirt ihre Verbindlichkeit zur Einlassung auf die Klage. Stellen sie den Beweis, so sollen sie ferner die Einlassung unterlassen dürfen, bis ihnen der Abt Siratum restituirt hat, nach dem Grundsatze: spoliatus ante omnia restituendus [8]). Der Papst ist aber hier, auf dem weltlichen Gebiete des bürgerlichen Richteramts, seiner Unfehlbarkeit ganz untreu geworden. Denn dieser Grundsatz hätte bloß Wirkung, wenn die Beklagten ein Spolium an dem Objekte, auf dessen Beraubung und Beschädigung die Klage gestützt ist, behauptet hätten, wogegen sie aber Siratum auf das Tapet brachten. Indessen, fährt nun der heilige Vater fort, wenn auch dem Kläger bis zu der ihm beliebenden Restitution von Siratum die Antwort auf die Klage verweigert werden darf, so ist dieser deßwegen, weil die Gegenpartei die exceptio spolii erwiesen hat, noch nicht verbunden, auch die Restitution wirklich zu leisten (denn er ist nicht beklagt, und Leistungen können nicht mit einer Einrede erzwungen werden), er kann es ja dulden, daß seine Klage unbeantwortet bleibt, und unter dieser Bedingung Siratum einstweilen behalten. Hierüber beruft sich der Papst auf die Zeugen, welche, wenn der Beklagte dem Zeugenbeweise in einem Civilprozesse die Einrede eines Verbrechens der Zeugen entgegensetzt, und beweist, daß sie nur unglaubwürdig werden, aber in Folge ihrer durch Vertheidigungs- oder Gegenbeweis widerlegten Aussagen nicht in Infamie verfallen, und nicht verurtheilt werden, was erst aus Veranlassung einer förmlichen Anklage geschehen darf.

---

8) L. 37. Dig. de judiciis (5. 1.) L. 14. §. 2. Cod. de compens. (4. 31.) Cap. 4. X. de ord. cognit. (2. 10.) Cap. 1. 5. 6. X. de restit. spoliat. (2. 13.) Clem. 2. de causa poss. (2. 3.) Lancelotti instit. jur. can. lib. III. tit. 10. Sachsenspiegel. Buch II. Art. 24. 70. Schwabenspiegel. Kap. 126. 128. 295. Reichsabschied v. 1555. Th. II. Tit. 21. §. 5.

VI) Cap. 5. X. de except. (2. 25.) Innocentius III monachis Fassen. anno 1207, Roma in Galliam: „Cum inter priorem et conventum de Argentolio ex parte una, et nobilem virum S. de Malinleone dioec. Picta. ex altera, super damnis et aliis coram vobis ex delegatione nostra quaestio verteretur, procuratore ipsius nobilis vestrum volente declinare judicium, eo quod duos ex vobis habeat suspectos, procurator monasterii allegavit parti ejusdem nobilis (cum esset vinculo excommunicationis adstrictus) exceptionibns hujusmodi beneficium introductum: inquisitioni vestrae duximus respondendum, quod praedicto nobili legitima defensio in judicio reservatur, et maxime judicis recusatio, cum periculosum sit coram suspecto judice litigare, ac suspectis judicibus sed. Apostol. causam de certa conscientia non committat: unde in talibus non excommunicati favor attenditur, sed aequitas judicantis, cum non debeat claudicare judicium: ac satis videatur absurdum, si actore impugnante, reo defensionis copia denegetur, quia sic condemnaretur multoties absolvendus. Porro cum excommunicato, quando in causa absolutionis existit, non sit justa deneganda sententia, nec interdici debet ei appellationis remedium, si contra justitiam condemnetur, qua ratione in uno eodemque negotio ipsi alia legitima subtrahuntur suffragia, non videmus. Ceterum non sic in reconventione sentimus: ne quod in defensionis remedium sustinetur, ad impugnationis materiam extendatur.“

Der Papſt will, daß auch der mit dem Kirchenbann Betroffene das Recht haben ſolle, ſich vollſtändig zu vertheidigen, verdächtige Richter abzulehnen, und zu appelliren. Aber er ſoll nicht widerklagen dürfen, da die Widerklage nicht mehr zur Vertheidigung gehört, ſondern ein Angriff iſt. (§ 16.)

VII) Cap. 6. X. de arbitr. (1. 43.) Innocentius III Episcopo S. Andreae et Abbati de Bechet.

anno 1208, Roma in Scotiam: „Utrum coram arbitris reconventioni sit locus, postulasti per sed. Apost. explicari. Nos igitur respondemus, quod licet in judicio convenientem reconvenire valeatis, qui coram judice convenitur, coram arbitris tamen reconveniri non potest: cum arbitri judicare non valeant, nisi de his tantum, super quibus in eos constiterit compromissum.“

Auf die Anfrage: ob auch vor Schiedsrichtern eine Widerklage zulässig sei? wird der Bescheid gegeben: obgleich der Beklagte bei Gericht seinen Kläger widerbeklagen dürfe, so stehe ihm doch diese Befugniß vor Schiedsrichtern nicht zu, da diese bloß allein über dasjenige urtheilen könnten, was ihnen durch das Kompromiß übertragen sei (§. 26. Nr. II.)

VIII) Cap. 10. X. de testib. cogend. (2. 21.) Honorius III. Abbati S. Eugenii et magistro G. canonico Senen. anno 1222, Roma in Tusciam): „Dilectorum filiorum Vulterani capituli ex parte una, et Episcopi Vulterani ex altera parte procuratoribus in nostra praesentia constitutis (dil. fi. tit. 55. Cosmae et Damiani Diac. Card. concessimus auditorem, coram quo cum per conventionis et reconventionis modum super diversis capitulis, quae sub bulla nostra vobis transmissimus inclusa, lis fuerit legitime contestata etc.) Testes qui fuerint nominati, praeterquam super criminibus, (si se gratia vel timore subtraxerint, vel odio) per censuram ecclesiasticam cogatis, veritati testimonium perhibere.“

Eine für uns wenig bedeutsame Stelle, da in derselben eine Widerklage und ihre gleichzeitige Verhandlung mit der Hauptklage nur im Vorübergehen berührt sind, und in dieser Beziehung keine Disposition ausgesprochen ist.

IX) Cap. 12. X. de fide instrum. (2. 22.) Gregorius IX. priori S. Bartholomaei et Decano de Arcubus London. anno 1232, Roma in Angliam: „G. perpetuus vicarius ecclesiae de Recham nobis

exposuit, quod cum prior et conventus de Ledis eum super decimis coram judicibus auctoritate Apostol. convenissent, et dictus G. super similibus coram ipsis reconvenisset eosdem, quia dicti judices copiam quorundam instrumentorum communium, quae habebat pars altera, et per quae intendebat intentionem suam super principali fundare, fieri non faciebant eidem cum instantia postulanti, nostram audientiam appellavit. Ideoque mandamus, quatenus si ita est, revocato in statum debitum“ etc.

Ein wegen Zehnten Beklagter hatte über Aehnliches eine Widerklage angestellt, und die Herausgabe einer gemeinschaftlichen Urkunde verlangt, welche der Hauptkläger besaß, und zum Beweise seiner Hauptklage gebrauchen wollte. Das Gericht schlug das Gesuch ab. Der Widerkläger appellirte an den Papst, welcher willfährig entschied.

X) Cap. 4. X. de ordine cognit. (2. 10.) Gregorius IX. anno 1235, Romae: „Super spoliatione conventus, adversus restitutionem petentem non est (nisi super quaestione spoliationis), si eum reconveniat, audiendus. Cum restitutionis petitio in hoc privilegiata noscatur, ut ipsam intentans non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere. Quanquam ab agendo (spoliatione ab eis in modum exceptionis proposita) repellatur.“

Wer wegen eines Spoliums beklagt ist, darf keine Widerklage anstellen, es sei denn ebenfalls wegen eines Spoliums. Denn derjenige, welcher mittels der Spolienklage Restitution begehrt, hat das Vorrecht, auf Ansprüche des Spolianten die Antwort zu verweigern, bis Restitution erfolgt ist. Setzt aber der Beklagte die exceptio spolii entgegen, so kann er damit die Klage zurückweisen (Nr. V.)

XI) Cap. 3. de rescript. in VI. (1. 3.) Innocentius IV. in concilio Lugd. 1245, in Gallia: „Dispendia litium aequitatis compendio volentes qua possumus industria coarctare, statutum felicis recordationis Gregorii Papae noni praedecessoris nostri, super

hoc edictum ampliantes, decernimus: ut si quis contra alium plures personales movere voluerit quaestiones, non ad diversos judices, sed ad eosdem super omnibus hujusmodi quaestionibus literas studeat impetrare. Qui vero contrarium fecerit, omni commodo careat literarum: nec processus habitus valeat per easdem, reo, si eum per ipsas citavit vel fatigaverit, in expensis legitimis condemnandus. Reus quoque si eodem durante judicio actorem sibi obnoxium dixerit, reconventionis beneficio vel conventionis (si contra eum literas impetrare maluerit) de jure suo debet apud eosdem experiri: nisi eos ut suspectos poterit recusare: simili poena (si contra hoc fecerit) puniendus."

Innozenz IV. befiehlt, um die Weiterungen der Prozesse zu beschränken, daß Jeder, welcher gegen einen Andern mehrere persönliche Klagen erheben will, das nämliche Gericht angehen soll. Diese Verordnung wäre heutiges Tags größten Theils überflüssig, weil den Staatsangehörigen, wenn sie beklagt werden, schon im Voraus der Richter des Wohnortes bestimmt ist, an welchen sich der Kläger mit jeder solchen Klage in der Regel wenden muß, wenn nicht wegen besonderer Umstände ein anderer Gerichtsstand elektiv konkurrirt. Allein zu den Zeiten Innozenz IV. wurden die Richter für jede Klage erst delegirt, und da hätte der Kläger sich verschiedene Richter delegiren lassen können, was nun verboten wird. Der entgegen Handelnde soll zurückgewiesen werden, der etwa eingeleitete Prozeß ungiltig sein, und der Kläger dem Beklagten alle Kosten ersetzen. Der Beklagte darf auch, während des gegen ihn anhängigen Prozesses, den Kläger (in dem nämlichen Prozesse und bei dem nämlichen Gerichte) widerbeklagen, oder, wenn er es vorzieht (in einem neu anzufangenden Prozesse, doch bei dem nämlichen Richter) einfach beklagen; ist er jedoch im Stande, den Richter als verdächtig abzulehnen, so darf er seine Ansprüche bei einem andern Richter geltend machen. Beobachtet der Beklagte

dieses nicht, so verfällt er in eine ähnliche Strafe, wie der Kläger.

XII) Clem. 2. de verb. signif. (5. 11.) Clemens V. (1305—1316) Avenion. pontific. anno secundo: — „Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae amittantur. Citationem vero, ac praestationem juramenti de calumnia vel malitia, sive de veritate dicenda, ne veritas occultetur, per commissionem hujusmodi non intelligimus excludi. Verum quia juxta petitionis formam pronunciatio sequi debet, pro parte agentis, et etiam rei, si quid petere voluerit, in ipso litis exordio petitio facienda, sive scriptis, sive verbo: actis tamen continuo (ut super quibus positiones et articuli formari debeant, possit haberi plenior certitudo, et ut fiat definitio clarior) inserenda.“

Die Widerklage wird auch im summarischen Prozesse zugelassen, doch soll sie sogleich im Anfange angebracht werden, schriftlich oder mündlich. Das mündliche Vorbringen ist zu protokolliren, und den Akten einzuverleiben, um eine feste Grundlage und klare Ansicht der Sache herzustellen.

§. 10.

Auch im alten teutschen Rechte hat die Widerklage Aufnahme gefunden, nicht ohne Einfluß der fremden Gesetze. Die Behandlung ist roh und dürftig, und hat einen wahren wissenschaftlichen Gewinn nicht ausgeworfen. Als Quellen dienen uns die Rechts- und Formelbücher des Mittelalters, welche in ganz Teutschland zu allgemeinem hohem Ansehen gelangt sind und hier von vereinzelten Partikularrechten, die gar nicht oder nur wenig über ihre Länder hinaus wirkten, ausgeschieden werden müssen. Das Meiste ist enthalten in dem zwischen 1215 und 1235 durch Eike von Repgow verfaßten Sachsenspiegel, so wie in der neueren Glosse zu demselben aus dem fünf-

zehnten und sechzehnten Jahrhundert [1]), in welcher besonders die römischen und kanonischen Gesetze angeführt, bisweilen mißverstanden, und die Eigenthümlichkeiten und Abnormitäten des sächsischen Rechtes beleuchtet sind. Die Benennung „Widerklage" stammt aus dem sächsischen Rechte, und wurde von da in die gemeine Theorie und Praxis übergetragen [2]).

I) Sachsenspiegel. Buch I. Art. 31: „Jewelk inkomen man vntveit erue binnen deme lande to sassen na des landes rechte vnde nicht na des mannes, he si beyer oder svaf oder vranke." (Ein jeder auswärtiger Mann — advena — empfängt Erbe binnen den sächsischen Landen, nach des Landes Rechten, und nicht nach des Mannes — persönlichem — Rechte, er sei ein Baier, oder Schwabe, oder Franke).

Glosse: „Und ist dieses umb zweyerley ursachen willen also geordnet. Zum ersten darumb, daß das Privilegium dem Lande gegeben ist, und nicht den leuten oder den personen — die ander ursache ist diese, daß, wo ein man klagen oder fordern wil, da muß er auch wiederumb antworten, ut infr. art. 61. c. 2. X. de for. compet. et L. 30. ff. de judiciis" [3]).

---

1) Eichhorn: Einleitung in das teutsche Privatrecht (3. Ausg. Göttingen 1829.) §§. 10. 11. Mittermaier: Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechts (4. Ausg. Landshut 1830.) Abth. I. §. 6.

2) Goldschmidt: Abhandl. aus d. Civilproz. Nr. III. S. 29. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 95. Note 6. Nachdem das Wort „reconventio" in der Glosse aufgekommen war (§. 6. Note 21) gehörte Nichts, als gewöhnlicher Sprachsinn dazu, um die teutsche Uebersetzung mit „Widerklage" zu finden, da die Silbe re nicht weniger Wider (Gegen), als Wieder bedeutet (resistentia, reniti, reprobatio, repetitio), und conventio früher schon immer für Klage genommen wurde.

3) Der Text ist nach der Ausgabe von Homeyer (Berlin 1827.),

II) A. a. O. Buch I. Art. 60. §. 3: „Svar die man recht vorderet, dar sal he rechtes plegen vnde helpen.“ (Wo der Mann Recht fordert, da soll er auch wieder Rechtens pflegen, und zu Recht verhelfen).

Glosse: „Er setzt nun billich auch etwas von des antworters Recht. Dann es offt geschihet, daß einer auff den andern klaget, da er doch nichts auf ihn hat zu klagen. Dieser boßheit und unrechtem fürnemen wil er hiemit begegnen, indem er saget: Wo ein Man ꝛc. Gleich als ob er sagen wolte: So ein Man sich unterstehet über einen andern zu klagen, der sol wissen, daß er demselbigen auch auf seine widerklag allda antworten müsse. Nun wollen wir hiebey zum ersten sehen, wie die wiederklage fassen; zum andern, wenn, oder zu was zeit man sie anstellen sol. Zum dritten, in was sachen man ihr wider einen nicht gebrauchen mög. Zum vierdten, was man thun sol, ob sich der kläger ihr aufhalten wolte. Zum fünfften, welche leut solche wiederklag annemen müssen, oder nicht. Zum sechsten, in was sachen man einen also wieder beschüldigen möge oder nicht. Zum ersten wisse, daß nach den alten Rechten hat man die wiederklage pflegen anzustellen, so bald als der kläger seine erste klag angesatzt gehabt. Dann ehe der antworter Ja oder Nein gesaget, hat er seine wiederklag vor auch eingebracht: Alsdann hat der Richter den einen theil mit seiner klag, und den andern mit seiner wiederklag zugleich gehöret, und sie beyde auf eine zeit geendet. Solches hastu L. 1. §. 2. X. de mutuis pet. So aber der beklagte ehe zu antworten begunst hette, ehe er seine wiederklag fürbracht, so hörte man ihn darnach damit nicht. Dis ist in den geistlichen Rechten nachmals abgethan worden, cap. 3. de rescript. in 6. Dann da setzt er, daß der kläger zu der wiederklage antworten müsse, sofern anders dieselbige

---

die hochteutsche Uebersetzung, so wie die Glosse nach der Ausgabe von Gärtner (Leipzig 1732).

wieder vorbracht und angestellet sey, dieweil das Gericht noch wehret. Darumb wenn der antworter seine wiederklag fürbrachte, alßbald der kläger seine erste klag gethan hat, und ihm der Richter zu der antwort gebot, so hat er, der beklagte dann eines urtels, dieweil er seinem widerpart antworten müste, ob derselbige nicht ihm allda wieder antworten solte? Alsdann funde man zu Recht, Er solt es thun. L. 14. C. de sentent. et interloc. omn. judic. — Zum andern, nach unserm Rechten aber sol man die wiederklag ersten ansetzen, wenn der kläger seine klag geendet hat. Alßdann sol ihn der antworter erst wieder beklagen und ehe nicht, infr. lib. 3. artic. 12. Auch sind drey sachen, darumb du nicht darfffst wieder klagen. Die erste ist, ob einer dich peinlich beklagte, magstu ihn darum nicht wieder peinlich klagen vor einem erwehlten oder Schiedsrichter, oder vor einem Gograffen, cap. 6. X. de arbitr. et cap. 3. q. 11. c. 1. 2. et 3. Hiegegen ist der 69. art. infr. der da sagt: Wer einen gewundten Mann für Gericht führet, ꝛc. Sage: Er sagt daselbst von dem, der sich eines unterwunden hat zu kampff. Hie aber saget er von dem, der ein Ding mit Rechtlicher klage fodert. Oder sage: Er saget daselbst von einem ordentlichen Richter, hie aber von einem gewilkörten Richter. Die ander sach ist: Ob du einen umb Lehen beklaget hast, derselbe mag dich umb dein erb oder eigen nicht wiederumb beklagen, solches were dann in demselbigen Gericht gelegen, ut infr. lib. 3. art. 33. Das dritte ist umb dein lehen, darumb darfffstu auch keinem zu der wiederklag anderswo antworten, als für deinem Lehen-Herrn, 2. Feud. 52. §. ult. Zum vierdten, wil der kläger dir nicht wieder zur antwort stehen, so sol ihm der Richter auch nicht in seiner erhobenen klage richten, L. 43. ff. de procurat. et L. 6. C. de compens. Zum fünfften, müssen alle personen wieder antworten vor dem Gericht, darinnen sie klagen, auch Pfaffen und Münche, ob sie vor weltlichem Gericht geklagt hetten. C. 3. q. 8. c. 1. Zum sechsten, mag der antworter den kläger wieder beschuldigen

inden sachen, die anderswo für Gericht nicht geendet sein, oder begunst oder versühnet. Von dem ersten hastu c. 4. X. de restitut. spolii et L. 3. C. sent. rescind. non poss. Von dem andern in Nov. 53. Von dem dritten aber hastu cap. 1. X. de transact. et L. 6. C. eod. tit.“

III) A. a. O. Buch I. Art. 61. §. 2: „Klaget si ok to male, dat stat an me richtere, welk iren he er horen wille, it ne si, dat ir en die eren klage getügen moge.“ — §. 5. „Sven en man to vorspreke nymt, die mut syn wort wol spreken, vm alle die klage, die man vp yne klaget, vnde die he to klagene heuet, de wile he yme mit rechte nicht benomen ne wirt, oder er en des anderen nicht af ne gat.“ (§. 2. Klagen sie auch Beide zugleich, so stehet es ebenfalls bei dem Richter, welchen er hören will, es wäre denn, daß Einer von ihnen die erste Klage bezeugen könnte. — §. 5. Wen ein Mann zum Fürsprecher nimmt, der muß wohl sein Wort sprechen bei jeder Klage, die man auf ihn klaget, und die er selbst zu klagen hat, so lange er ihm mit Recht nicht genommen wird, oder ihrer Einer dem Andern nicht absteht.)

Glosse: „Ob ihr zween zugleich umb ein urteil bitten, da mag der Richter um das eine zuerst fragen, um welches er wil. L. 1. C. de errore Advocatorum et infr. art. proxi. Hie straffet er etliche thörichte leut, die da sagen, daß die partheyen zu jeglicher klag oder antwort allezeit von neuem einen Mann bitten müssen, der ihr Wort rede. Dann er sagt, daß man solches nicht bedürffe, so lang dasselbige Gericht oder krieg wehret, es were dann, daß der klagen viel weren. Dieses meldet er hie, und L. 7. C. de accusat. et inscript.“

IV) A. a. O. Buch III. Art. 12. §. 1: „Svelk man vppen anderen klaget, vnde iene weder vp yne, die erst klaget, die ne heuet dem anderen, nicht to antwerdene, he ne si aller erst von yme ledich.“ — §. 2. „Klaget vele lüde vp enen man ungerichte, he ne heuet den anderen nicht to antwerdene, er he des

Bayerische Staatsbibliothek München

irsten ledich is. Wirt ok die klage gedaget, he ne darf nicht burgen setten, wan vor sin weregelt, als si der klage vele.“ (§. 1. Wenn ein Mann auf den Andern klagt, und dieser wieder auf ihn, so muß der, so zuerst klagt, dem Andern nicht antworten, es sei denn dieser erst von ihm ledig. — §. 2. Klagen viele Leute wider einen Mann, wegen eines Verbrechens, so hat er den Andern nicht zu antworten, ehe er von dem Ersten ledig ist. Wird auch die Klage getagt, so darf er keine höhere Bürgschaft bestellen, als für sein Wehrgeld, wenn gleich der Klagen viele sind.)

Glosse: „Dis Recht hat seinen ursprung aus dem Natürlichen Rechten. Dann dasselbige gebeut, was einer wil daß man ihm thun sol, das sol er einem andern auch thun, und was einer von dem andern vor recht fordert, das sol er auch wiederum über sich selbst gewarten und dulden, L. 1. ff. quod quisque juris. c. 6. X. de Const. et dist. 1. in princ. Darum ist dieses natürlich und ehrlich, ob ich einen beklage, daß ich ihm wiederum zur antwort stehe, so er mich wieder zu beklagen hat, als hievor stehet im ersten buch in dem 61. Artickel, und hienieden 97. art. in fin. und in den Decretalibus cap. 1. X. de mutuis petition. Darum wisse, ob einer sich wegerte, einem wiederum zu antworten, des straff ist diese, daß man ihm auch zuerst nicht antworten darf (s. h. muß), tot. tit. X. de mutuis petition. — Weil er aber hie die erwehnunge thut von der wiederklage, indem er spricht: Er sey dann erst ledig von ihm ꝛc. So behalt hiebey sonderlich, wie man einen kläger wieder beklagen sol. Und wisse, daß man es etwa nach den alten Rechten also hielte, wie er es dann auch hie rühret, daß, wann ein beklagter seinen kläger wieder beklagen wolte, muste er solches zu hand thuen, ehe er ihm zu der fürgenommenen klage Ja oder Nein sagte, nemlich, dieser gestalt und also: Wann der kläger seine klage anstellete und ansetzte, so setzte der antworter von stundan seine klage dawider, darnach antwortete dann der beklagte auf des klägers klage,

und muste der kläger ihm zugleich wieder antworten zu seiner klage, also verfuhren sie in ihrer rechtfertigung beyde zugleich, nach der regel die hievor gesatzt worden in dem zwey und sechtzigsten Artickel, Welches urtel man erst bittet, das sol man erst finden, und in Decretalibus cap. 1. X. de mutuis petition. Aber nach unserem neuen Rechten, mag der antworter den Kläger nicht wieder beklagen, alldieweil dasselbig Gericht zwischeu ihnen beyden wehret. Darum sind diejenigen Recht damit aufgehoben, die da sagen, es müsse solche wiederklage geschehen vor des bebeklagten bekenntniß oder leugnung der klage, als du findest c. 3. de rescript. in 6. Doch sag, sie sind nicht corrigiert. Denn man helt sie noch, in Geistlichen Rechten zu vernemen, in Clem. cap. 2. de verb. signification. Dann wir sollen der Rechte corrigierung vermeiden, so viel es müglich ist. c. 29. de elect. in 6. Aber nach unserem Recht helt man es disfals, als hie im Text stehet. Doch hat die wiederklage nicht statt in dreyen fällen. Erstlich ob man ichts hette auf schiedensleute, welche von beyden theilen darzu gewehlet worden, gestellet. Dann darum mag keiner den andern wieder beschuldigen, es were dann anders zwischen ihnen betheidiget worden, c. 6. X. de arbitr. et L. 4. ff. eod. tit. — Zum andern hat die wiederklage nit statt an verfesten leuten, als hienieden steht art. 16. und droben in dem andern Buch art. 63. Auch mag vor Geistlichem Gericht ein verbannet man einen wieder beklagen, supra. lib. 2. art. 63. Zum dritten, welcher einem andern geld gebe, welches er ihm nit schüldig gewesen, oder welches er ihm vielleicht mit jenes eyd hat abgewinnen lassen, als ob er selber vor so wenig nicht het schweren wollen, ob er denselbigen nochmals darum, daß er ihm das geld zu unrecht angewunnen, oder von ihm genommen hette, wolte beschuldigen, dafür darff ihm derselbige nicht antworten. §. 11. Institut. de actionib. et L. 5 et 6. ff. de jurejur.“

„† †) Dis hastu auch in Legibus L. 1. Cod. qui accusar. non possunt. Wann nun einer also von seines

wiederfachers klage kommen ist, und ihn alsdann wieder mit Recht mag fürnemen, möchstu sagen: Wie mag er sich dann des erwehren, daß ihn jener um das geld nicht wieder beschuldige, welcher es ihm zuvor hat abgewunnen? Sprich: Er sol seinen kläger fragen, welcher gestalt er es zu Recht habe von ihm aufgehoben. Solches muß er ihm dann sagen, als hienieden in dem 41. Artic. Spricht er dann, als hievor geschrieben ist, es sey daher, daß er von ihm kommen sey: So frage dann dieser eines urtels. Nachdem urtel und recht darüber ergangen sey, ob er ihm darum ferner antworten dürffe. So findet man ihm, er dürffe es nicht thun. L. ult. Cod. sentent. rescind. non posse et §. 5. Instit. de except. Alsdann mag er ihn wieder fürnemen um das, so er ihm zu thun ist."

„†††) Hie mercke, dis muß man im Rechten nothwendig also halten. Dann einem unmüglich ist, auf einmal zweyen zu antworten. Darum sol er dem allein und zu erst antworten, der zum ersten auf ihn geklagt hat, supr. libr. 1. artic. 62. Klagen auch ihr zween oder mehr zugleich, so sol der Richter entscheiden, welchem er von ersten zu antworten schuldig sey, als hievor im ersten buch im 61. artickel, und in den Legibus stehet. L. 7. ff. de accus. et inscript."

V) „A. a. O. Buch III. Art. 79. §. 3. „Svar die man klaget, dar mut he antwerden, of man vp yne klaget." (Wo der Mann klagt, da muß er antworten, wenn man wider ihn klagt.)

Glosse: „Dis haben wir dir zuvor ausgelegt im ersten Buch art. 61. Darum vernim es, wie daselbst gesagt worden."

VI) Schwabenspiegel (aus dem 13. Jahrh.) Art. 89:

„Wir sprechen, wa der man recht vordert do sol er auch recht nemen."

2) on geystlich leüt die klagent wol vor weltlichem gericht, und man mufs sy beklagen vcr geistlichem gerichte.

3) ou umb eyn sach. Und ist dafs ein geistlich man eynen layen beklaget vor weltlichem gericht umb gülte. Der richter sol jm richten.

4) vnnd wil er im seyn pfenning ze hand nemen oder gute pfand. Das sol er nemen,

5) und der laye beklaget den geistlichen man wol vor weltlichem gerichte,

6) Unnd der richter sol im richten mit recht über den geystlichen mann aber nitt wann umb gült.“

Pronunciamus, quod ubi quis (agendo) jus quaerit, ibi etiam debet pati, ut ipse conveniatur.

2) Excipe [ab hac regula] Clericos, hi enim agunt coram Judicio seculari, sed conveniendi sunt coram Judicio ecclesiastico, excepto unico casu.

3) [Scilicet] quando clericus laicum convenit ob debitum aliquod, tum Judex ei debet Justitiam administrare.

4) Et si [debitor conventus] ei vult paratam statim dare pecuniam aut sufficientia pignora, tum [actor] oblata debet accipere.

5) Laicus convenit clericum quoque coram Judicio seculari.

6) Sed non nisi ob reditus, et Judex debet Litem, quae inter ipsum et clericum versatur secundum justitiam decidere [4]).

VII) Ulrich Tengler's Laienspiegel v. 1509. Th. II. Tit. Vom widerrechten vnd gegenclagen: „Wo aber der beklagt, der bemelten einreden nit zu thund, sonder ainicherlay klag dargegen hat, so mag er dieselben, es sey vor ordentlichen oder geschafften richter vor seiner antwurt vnnd verfaltung des kriegs, oder mit einer vorgeender protestation darnach fürwenden, Also das bayde

---

4) Nach Senckenberg corpus juris germanici. (Edid. König de Königsthal. Francof. ad Moen. 1759. fol.).

tail klagen mit einander geendet, wann die gegenklag, zu latein genant Reconventio, im rechten der massen gefreyt, daß der klager schuldig ist, auch darauf zu antwurten, bey verliesung seiner klag, er hat dann ain solche klag gethon die im rechten fürtreffen, als umb gewaltige entsatzung, oder mercklich iniuri die eern berürend, vnd ander der gleich sachen, so hett die gegenklag on des klagers bewilligen nit statt, sondern die hauptklag des ersten vorgang, es were denn die gegenclag auch vmb gewaltige entwörung."

§. 11.

Die teutschen Reichsgesetze bieten nur sehr wenige abgerissene Sätze dar, die sich auf die Verhandlungsart der Widerklage beziehen. Die römischen und kanonischen Bestimmungen, und eine Theorie derselben sind dabei vorausgesetzt. Mit den Reichsgesetzen schließen sich für uns die Quellen des gemeinen Rechtes, da mit der Aufhebung des teutschen Reiches (1806) die allgemeine Gesetzgebung erlosch, und in die vielen Partikulargesetzgebungen der teutschen Staaten und Stätchen zerfloß. Die Bestimmungen des teutschen Bundes enthalten über die Widerklage Nichts.

I) Kammergerichts-Ordnung zu Regensburg von 1508: „Merck auch, wo der Beklagt den Kläger will in das Widerrecht verfassen, alsdann sollen die Termin vicissim, das ist einer umb den andern gehalten werden, c. 2. de mut. pet. Und solches hat statt, und soll verstanden werden, so die Klag [1]) vor, oder von stund an, nach Befestigung des Kriegs geschicht, so sie aber nachmahls und vor Beschluß der Sachen geschicht, alsdann sollen sie separatim im procediren gehalten werden. Bart. in auth. de exc. per Doct. in c. 1. et in c. dispendia §. secus. de rescript. in 6."

---

1) Dieß ist die Widerklage gemeint.

II) Kammergerichts-Ordnung zu Augsburg von 1555. Th. II. Tit. 4. §. 16: „Es soll auch der Kläger, so ein Prälat, Graff, Freyherr, Ritter, einer vom Adel oder Stadt, wie gemeldt, in jetzigen nechsten zweyen vorgehenden Articuln den Churfürsten, Fürsten und Fürstmässigen, als Beklagten, keines Wider-Rechten seyn, aber in den obgemeldten Articuln soll das Wider-Recht Statt haben."

III) Konzept der Kammergerichts-Ordnung von 1603. Th. II. Tit. 4. §. 19. ist des nämlichen Inhalts.

IV) Kammergerichts-Ordnung zu Augsburg von 1555. Th. III. Tit. 30: „So der Beklagt den Kläger will in das Widerrecht verfassen, soll er solch sein Gegenklag von (vor?) der Kriegs-Bevestigung, oder hernach ad proximam oder secundam fürbringen, und ein Termin umb die andern gehalten werden. So aber solch Gegenklag hernach oder doch vor Beschluß der Sachen fürbracht würde, alsdann sollen beyde Sachen der Klag und Gegenklag vertheilt und unterschiedlich, und ein jede für sich selbst allein, vermög dieser Ordnung, gehandelt werden."

V) Konzept der Kammergerichts-Ordnung von 1603, Th. III. Tit. 33. wiederholt die unmittelbar vorhergehende Stelle wörtlich.

VI) Reichsabschied zu Regensburg v. 1654, §. 46: „Im Fall aber dem Beklagten, nach Wichtig- und Weitläufftigkeit der Sachen, auf eingewendete Erheblichkeit prorogatio termini zu Einbringung seiner Antwort und Gegen-Handlung zugelassen wäre, alsdann fället solche Gegen-Antwort auf diesen Termin, und solle der Beklagte auf des Klägers Anbringen antworten, seine Gegen-Nothdurfft und Gegen-Klag, so er deren befugt zu seyn vermeynt, wie auch seine Documenta, oder was ihme sonsten zum Beweißthum dienen möchte, einbringen, und solcher Gestalt hat der Kläger, wo er nicht alsobald contradiciren möchte oder könte, in dem nächstfolgenden dritten Termin auf solche seines Gegentheils Ant-

wort und hauptsächliche Handlung, Gegen-Klag, und was in vim probandi einbracht, zu procediren."

§. 12.

Niemand wird bezweifeln, daß es hier unthunlich und unzweckmäßig sei, sich in eine Herzählung der verschiedenen Landesgesetze, Statuten, Ordnungen und Ortsrechte, so weit sie die Widerklage betreffen, einzulassen. Doch mögen einige wenige Auszüge als Proben hier einen Platz einnehmen, um an ihnen erkennen zu lassen, wie das gemeine Recht vorausgesetzt, wiederholt, modifizirt und aufgehoben sei:

I) Gerichtsbüchlein aus dem fünfzehnten Jahrhundert[1]): „Mer ist zemercklen wil der Antwurter vor dem klager wider recht haben das haist reconvencio das sol er auch vördern vor litis contestacionem vnd wen der klager sein libell ubergeben hat sein libell oder Information auch ubergeben so würt es ein Rechtsatze vnd mit einander zu gen dann tät er das nit vor litis contestacionem. So mag er das nit mer thun bis des klagers sach vollendt ist."

II) Kaisers Maximilian II. erneuerte Ordnung des kaiserlichen Hofgerichts zu Rothweil von 1572, Th. III. Tit. 12: „Im Fall der Beklagte den Kläger mit Gegen-Klag im Recht fürnehmen wollte, soll er seine Gegen-Klag vor der Kriegs-Bevestigung, oder den nächstfolgenden Termin vorzubringen schuldig seyn, und alsdann in beyden Sachen, con- et reconventionis, unterschiedlich procediret, und ein Termin um den andern — gehalten werden. Da aber der Beklagte seine Reconvention in bestimmter Zeit nicht vorbringen würde, soll ihm alsdann solches zu thun benommen seyn."

III) Der Statt Franckfurt am Mayn er-

---

1) Senckenberg corpus jur. germ. tom. I. pag. 152.

newerte Reformation von 1578 (Frankfurt 1611, fol.) Th. I. Tit. 21:

„§. I. So nun der Gerichts Zwang vnserer Schultheiß vnd Scheffen gegründet ist, vnd der Antworter den Kläger hinwider beklagen wolte, das soll jhme gestattet werden."

„§. II. Doch soll solche des Antworters Gegen oder Nachklag, vor der Kriegsbefestigung, oder aber den Ersten, vnd auffs längst, den zweyten Gerichts Tag darnach, fürgebracht werden. Vnd so solches also geschicht, So soll darauff zugleich Procedirt, gehandelt, vnd beyde Sachen, jene eine neben vnd mit der andern zugleich, zu endtlichem Beschluß vollnführet, Auch demnach dieselben endtlich mit einander gevrtheilt werden."

„§. III. Da aber die Gegenklag hernach, vnd später, vnd doch vor Beschluß der Sachen, fürbracht würde: So soll dieselbig auch zugelassen werden, doch nicht als ein Gegenklag, darinn Simultaneus Processus, vnd gleichmässige Handlung gehalten werden soll, sondern als sonst ein Klag, vnd derwegen ein jede solcher Klagen, für sich selbst allein, vnd ein jede jhrer Ordnung nach, vermöge der Recht, verhandelt werden."

„§. IV. Wvrde sich auch darunder zutragen, daß in dem Simultaneo Processu der Vorkläger in seiner Vorklag schleunig fortführe, der Nachkläger aber mit der Nachklag dermassen seumig vmbgienge, daß man spüren möchte, daß solches zu gefährlichem Auffhalt vnd Verlängerung der Vorklag geschehe: So ordnen vnd wöllen wir, daß alßdann der obgemeldt Simultaneus et mutuus Processus, vnd gleiche Handlung, nicht statt haben, sondern der Vorkläger, wann er seine Vorklage gnugsam erwiesen, vnd außgeführt, Macht haben soll, in derselben endtlich zu Recht zu beschliessen, vnd zu bitten, den Vorbeklagten darinn auch endtlich zu beschliessen anzuhalten, Oder aber, da sich Vorbeklagter darinn sperren wolte, mit jhme aus Richterlichem Ampt zu beschliessen. Welches auch demnach also geschehen, vnd die Endvrtheil in der Vorklag, vnver-

wartet des endtlichen Beschluß in der Nachklag, eröffnet werden solle: Doch dem Nachkläger seine Gegenklag (aber nur als ein schlechte Klag) so schleunig vnd fürdersam er kan vnd will, hernachmals auch außzuführen, vnd seiner Endvrtheil darüber zu gewarten, vorbehalten."

„§. V. So aber der Nachbeklagt, oder sein Anwaldt, das Gegenrecht nicht annemmen, noch auf die Nachklag antworten wolte: So soll er alßdann auch in seiner Vorklag nicht gehört werden, Es were dann, daß die Sach der Natur were, daß eine vor der andern von Rechts wegen einen Vorzug hette, vermög der Recht, So mag der Vorkläger solches alßdann Excipiendo fürwenden."

„§. VI. Denn es seynd etliche Sachen, darinn vermög ermeldter Recht, die Gegenklag nicht statt hat, Als in Deposito, da jemandt einem andern Gelt, oder was anderß zu treuwer Handt hinderlegt hat, vnd solches wiederumb fordert: Item, da einer von wegen eines Spolij klagt vmb Restitution; Item, in Praejudicialibus, in Sachen, da eine der andern jhren Kauff verhindert: Item, in Malefitz Sachen: Item, In caussis Summariis, darinn sich gebürt schleunig zu Procedirn, dieselben aber durch die Gegenklag lang auffgehalten werden möchten, Vnd was dergleichen Sachen vnd Fäll mehr in den Rechten gefunden werden, in welchen die Gegenklag nicht statt hat, noch zugelassen ist. Dann wir es derselben Sachen vnd Fäll halben, bey gedachten Keyserlichen Rechten lassen bleiben."

IV) Deß hochlöblichen Stiffts Würtzburg und Hertzogthums zu Francken kayserliche Land-Gerichts-Ordnung (von 1618. Würzburg 1733. fol.) Th. II. Tit. 10:

„§. I. Wann der Beklagte den Kläger zu reconveniren vorhabens, solle er seine Gegenklag Articuls-Weise und Quotirt, vor oder bey der Litis Contestation, oder auf das nechst folgende Land-Gericht fürbringen, und ihme der Kläger darauf zu antworten schuldig seyn, ob er auch gleich sonsten an das Land-Gericht nicht ge-

hörig, ihme auch deßhalben nicht fürgebotten wäre, und in beyden Sachen, deß Vor- und Nach-Rechtens darauf zugleich procedirt, und ein Termin um den andern gehalten werden."

„§. II. Da aber dieselbige Reconventions-Klage (!) hernacher, jedoch für Beschluß der Sachen einkommen würde, sollen solche beyde Sachen con-et reconventionis vertheilet, und jede für sich allein, Inhalt dieser Ordnung, tractiret werden."

„§. III. Zum Fall aber der Kläger oder dessen Anwald das Gegen-Recht nicht annehmen wolte, solle er in dem Vor-Rechten mit seiner Klag (Es wäre dann in Fällen, da die Gegen-Klage in den Rechten nicht statt hätte) auch nicht gehöret werden."

V) Codex juris bavarici judiciarii de anno 1753 (München 1810) Kap. 8. §. 1: „Wann der Beklagte eine rechtmäßige Gegenforderung an den Kläger zu haben vermeint, so mag er solche 1) vor dem nämlichen Richter, wo mit der Klage angebunden worden, anbringen, ungeachtet der Kläger etwa ein forum privilegiatum hat, und unter desselben Gerichtszwang nicht steht. Doch ist hierbey 2) ein wohlmerklicher Unterschied zwischen In- und Ausländern zu machen. Jene mag man nur alsdann reconveniren, wenn die Reconvention mit der Klage einige Verwandtschaft hat: ausserdessen soll Reconvenient zur besondern Klage, oder da der Gegentheil unter andere Obrigkeit gehört, dahin angewiesen werden. Die Ausländer aber mag man auch um ganz andre und mit der Klage die geringste Connexion nicht habende Forderungen reconveniren. Falls nun 3) die Widerklage gleich mit der Exception oder Kriegsbefestigung gestellt wird, so soll man sie auch in der Verhandlung von der Klage nicht absöndern, sondern beyde miteinander verhandeln, und auch in Einem Urtheil zugleich entscheiden, ausgenommen, wo das Punctum con-aut reconventionis so beschaffen ist, daß Ein Punkt vorläufige Erörterung erfordert. Ist aber 4) die Widerklage

erst nach der Exception oder Litiscontestation angebracht, so soll dieselbe von dem nämlichen Gericht vor ergangenem End-Urtheil zwar noch angenommen, die Klage aber solchen Falls dadurch nicht mehr gehindert, sondern gleichwohl besonders tractirt und entschieden werden. 5) Soll man in Sachen, welche von der Jurisdiction desselben Gerichts eximirt sind, gar keine Reconvention gestatten, sondern dergleichen Widerklagen allezeit gleich ab- und an die Behörde verweisen. Was aber 6) die Spolienklagen und andere ad processum summariissimum gehörige causas betrifft, so soll hierin die Widerklage weiter nicht, als quoad effectum jurisdictionis et prorogationis Platz greifen, es sey denn dieselbe von gleicher Gattung und Beschaffenheit, welchen Falls auch der effectus simultanei processus Statt haben soll, wenn nur die Reconvention gleich mit der Exception, sohin in rechter Zeit angebracht wird. Wo im übrigen es 7) mit der Reconvention durchaus wie mit der Conventions-Klag (!) zu halten ist, und hindert hieran nicht, wenn der Kläger etwan von der Klage absteht" [2]).

VI) Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden (von 1831. Offizielle Ausg. Karlsruhe 1832.)

„§. 24. Für Widerklagen ist eben das Gericht zuständig, bei welchem die Klage anhängig gemacht ist, selbst wenn der Widerbeklagte einen befreiten persönlichen Gerichtsstand hat, vorausgesetzt, daß die Widerklage vor Eröffnung des Endurtheils in der Klagsache angestellt wird."

„§. 25. Es kann der Widerkläger, nachdem die Widerklage dem Gegner zur Vernehmlassung zugestellt worden, diesen Gerichtsstand nicht mehr einseitig aufheben."

---

2) Vgl. hierzu die Anmerkungen über den Codex juris bavarici judiciarii (v. Kreittmayr). München 1813.

„§. 26. Eben so dauert der Gerichtsstand der Widerklage, wenn solche dem Widerbeklagten bereits zur Vernehmlassung zugestellt worden, auch selbst dann fort, wenn dieser nun von der Klage absteht."

„§. 184. Für die Widerklage oder die Kosten derselben darf keine Sicherheitsleistung gefordert werden."

„§. 257. Nr. 4. Für den Beklagten entsteht (durch die vor dem zuständigen Richter auf erhobene Klage erlassene und bekannt gemachte Verfügung, wodurch die Klage zur schriftlichen Vernehmlassung mitgetheilt, oder zur mündlichen Vernehmlassung eine Tagfahrt anberaumt wird) die Befugniß zur Anstellung einer Widerklage."

„§. 258. Die richterliche Verfügung, welche die Ladung auf die Klage wegen Fehlerhaftigkeit oder Unstatthaftigkeit verwirft, äussert diese Wirkung mit rückwirkender Kraft, wenn darauf die Fehler innerhalb sechs Wochen verbessert, oder wenn die Verfügung in Folge eines ergriffenen Rechtsmittels zum Vortheile des Klägers geändert, und nun die Ladung wirklich erkannt wird."

„§. 259. Alle Wirkungen der Ladung fallen wieder hinweg: 1) wenn in der ersten Tagfahrt beide Parteien ausbleiben, 2) wenn der Kläger allein ausbleibt, und der erschienene Beklagte den Rechtsstreit nicht freiwillig fortsetzt."

„§. 313. Der Beklagte ist befugt, die Ansprüche, die er gegen den Kläger hat, bei dem Gerichte, bei welchem die Klage erhoben ist, als Widerkläger zu verfolgen, vorausgesetzt jedoch, daß die Widerklage vor Verkündung des ersten Urtheils in der Vorklagsache erhoben wird."

„§. 314. Wird dieselbe nicht sofort mit der Antwort auf die Klage vorgebracht, oder eignet sie sich nicht zu derselben Prozeßart, in welcher die Vorklage eingeleitet ist, so sind die Verhandlungen über Vor- und Widerklage von einander getrennt zu pflegen, so wie auch die Urtheile und Rechtsmittel in Betreff beider von einander gesondert bleiben."

„§. 315. Wird sie aber mit der Antwort auf die Klage

vorgebracht, und eignet sie sich zugleich zu der nämlichen Prozeßart, so hängt es von dem Ermessen des Richters ab, die vereinigte Verhandlung der Vor- und Widerklage in den nämlichen Akten zu gestatten, oder zu unterlassen."

„§. 316. In den Fällen jedoch, da die Vor- und die Widerklage aus den nämlichen Rechtsverhältnissen entspringen, oder da der Beklagte die Gegenansprüche, die er durch die Widerklage verfolgt, in dem nämlichen Rechtsstreite zum Grunde einer Einrede gemacht hat, kann die gleichzeitige Verhandlung in den nämlichen Akten nicht verweigert werden."

„§. 317. Hat ein beklagter Streitgenosse besondere Gegenansprüche, die den übrigen Streitgenossen nicht gemeinschaftlich sind, so kann er sie im Wege der Widerklage vor dem nämlichen Gerichte geltend machen. Es muß aber die Verhandlung darüber stets in gesonderten Akten gepflogen werden."

„§. 318. Eben dieselben Bestimmungen gelten, wenn der Beklagte gegen Einen oder gegen Einige von mehrern klagenden Streitgenossen besondere Gegenansprüche im Wege der Widerklage geltend machen will."

„§. 319. Ist die Widerklage von Entscheidung der Vorklage abhängig, so bleibt die Verhandlung über die Widerklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorklage ausgesetzt."

„§. 320. Eine Widerklage gegen eine Widerklage findet nicht Statt, ausgenommen wenn beide aus dem nämlichen Rechtsverhältnisse entspringen."

„§. 321. Auch dann, wenn die Vor- und die Widerklage gesondert verhandelt und entschieden werden, kann die Hilfsvollstreckung in der einen Sache nicht erfolgen, wenn nicht vorher von der siegenden Partei der unterliegenden, insofern sie es verlangt, Kaution geleistet ist."

„§. 322. Die Kautionssumme wird im Falle des vorhergehenden §. durch die Größe der urtheilsmäßigen Hauptsumme sammt den hierzu zu rechnenden Früchten, Zinsen und wahrscheinlichen Prozeßkosten, oder, wo dieser Betrag

die Summe der andern Klage übersteigt, durch die auf gleiche Weise zu berechnende Größe dieser letztern bestimmt."

„§. 324. Ist eine Widerklage angebracht, welche sich zu gleichzeitiger Verhandlung mit der Vorklage eignet, so hat sich der Kläger auch darauf vernehmen zu lassen, und zwar in gleicher Weise mit der Antwort und mit den etwaigen Einreden, wie der Beklagte auf die Klage" [3]).

§. 13.

So weit von den Quellen. Was die Literatur der Widerklage betrifft, so findet man Grundzüge und Abhandlungen beinahe in allen Kommentaren des römischen und kanonischen Rechts und in den Lehr- und Handbüchern des gemeinen teutschen Prozesses, jedoch, wie man leicht begreifen wird, bald unsystematisch, bald unvollständig, bisweilen sogar auffallend dürftig behandelt, wie z. B. bei Perez [1]), J. H. Böhmer [2]), Gönner [3]) und Reinhardt [4]). In Zeitschriften sind mehrere Aufsätze zerstreut, welche theils einen kompendiösen Abriß des Ganzen geben, theils einzelne Bruchstücke der Lehre behandeln. Die besonders gedruckten Monographien leiden ebenfalls an Unvollständigkeit und Einseitigkeit. Eine das ganze Institut

---

3) Vgl. noch §§. 326. 327. 374 u. 1221 der Proz. Ord. Eigenthümliche und umständliche Bestimmungen über die Widerklage enthält die allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten von 1793, Th. I. Tit. 19. Sie ergeben sich großen Theils aus dem Untersuchungs-Prinzip des preußischen Prozesses, und sind darum dem teutschen Civilprozesse fremd.

1) Praelect. in XII libros Cod. Just. lib. VII. tit. 45. n. 18—23.

2) Jus ecclesiast. protest. lib. II. tit. 4.

3) Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses (Erlangen 1804. f.) Bd. I. Nr. XIII. S. 309. Nr. XXV. S. 524—527.

4) Handb. des Proz. Th. II. §. 313.

gründlich und in systematischer Ordnung entwickelnde Schrift ist uns nicht bekannt. Wir werden hier die für namentliche Erwähnung sich eignenden Bearbeitungen aufzählen, und bemerken hierbei, daß wir jene, welche nicht mit Kritiken versehen sind, zur Ansicht und zum Studium nicht aufbringen konnten. Dieser Abgang ist indessen um so leichter zu verschmerzen, als er sich meistens nur auf einige alte Dissertationen erstreckt, die schwerlich von vieler Bedeutung sind, und aus welchen das etwaige Gute in die spätere Literatur bereits übergegangen ist.

I) Barthol. Socini, jur. Dr. regulae juris cum suis ampliationibus et fallentiis e toto jure delectae (Lugduni 1524. 8.) voce reconventio.

Ein alphabetisches Repertorium, in welchem der betreffende Artikel sehr kurz behandelt ist, bei der gelehrten Forschung nur als ein Wegweiser und als eine Skizze der alten Zustände unserer Lehre brauchbar.

II) Joann. Paul. Lancelotti († 1591, Perusini) institutiones juris canonici. lib. III. tit. 9.

Diese Institutionen, verfertigt aus Auftrag Paul's IV, und herausgegeben 1563, sind zwar, auf ertheilte Erlaubniß Paul's V, zur Erläuterung der Quellen, 1605, dem Corpus juris canonici einverleibt worden, erhielten aber die gewünschte Auctorisation als Gesetze nicht[5]), und gehören daher, als bloße theoretische Privatarbeit, nicht den Quellen, sondern der Literatur an. Sie sind nach der Form der Institutionen Justinian's, eingerichtet, und der Titel: „de mutuis petitionibus“ ist in 7 kleine Absätze unter folgenden Ueberschriften abgetheilt: 1) Si reus conventus nolit, vel non possit excipere, si habeat, unde actorem reconveniat, poterit illum reconvenire. 2) Etiam coram judice delegato potest reus actorem reconvenire. 3) Actoris et rei convenientis aequalis debet

---

5) Walter: Lehrbuch des Kirchenrechts (4. Aufl. Bonn. 1829.) §§. 120. 125. Note 1. Falck: juristische Encyklopädie (3. Ausg. Kiel. 1830.) §. 104.

esse conditio in judicio. 4) Coram arbitris non habet locum reconventio. 5) Reus conventus coram judice laico, non potest reconvenire actorem super causa spirituali. 6) Excommunicatus non potest reconvenire. 7) Super causa criminali non admittitur reconventio: idem in causa depositi. Die Arbeit ist nur ein Schema des kanonischen Rechtes ohne allen wissenschaftlichen Werth.

III) Hug. Donelli (geb. 1523 oder 1527 zu Chalons, † 1591, zuletzt Professor in Altorf) commentarii de jure civili[6]), lib. XVII, cap. 18. §§. 9—17.

Donellus, ausgezeichnet durch seine bewundernswürdige Gelehrsamkeit und seltene Kombinationsgabe, ist zu berühmt und erhaben, als daß es geeignet sein könnte, hier den Lesern über seine großen Leistungen im Ganzen ein Urtheil zu eröffnen. In Beziehung auf unsern Gegenstand leistet er uns nicht Genüge. Er hat denselben nicht vollständig, nicht systematisch, und ohne Rücksicht auf das kanonische und teutsche Recht erläutert, welche Erscheinung in der Beschaffenheit der römischen Quellen und in der rein romanistischen Richtung des Verfassers ihren Grund hat. Nebstdem hat er die Widerklage nicht als Angriff aufgefaßt, vielmehr ist er in der entgegengesetzten Ansicht so weit gegangen, daß er sie eine „defensio fine agendi“ nannte, sie mit der Kompensation beinahe identifizirte, und jene aus dieser entwickelte.

IV) Anton. Fabri (Sebusiani, Sabaudiae ducis consiliarii ab intimis, et in suprimo Sabaudiae senatu praesidis primarii) conjecturarum juris civilis libri viginti (Coloniae Allobrog. 1630. fol.) lib. XX. cap. 5—8.

Die Darstellung enthält vier Kapitel: 1) Cap. 5. de reconventione. 2) cap. 6. Quid novi a Justiniano in-

---

6) Sie erschienen zuerst zu Frankfurt 1589—1590. fol. Die neueste Ausgabe ist die editio sexta, cura J. Chr. König, contin. C. Bucher. Norimberg. 1822 seqq. 8.

ductum sit in reconventionibus. 3) cap. 7. De sententia l. qui non cogitur 22. ff. de jud. l. nulli 10. c. eod. et de laico clericum reconveniente coram judice laico vel contra. 4) cap. 8. In actionibus in rem nunquam esse locum reconventioni. Die Leser finden eine lockere Bearbeitung einzelner Materien nach römischem Rechte, nichts weniger als geistreich, in einem breiten und geschmacklosen Latein, und mit vielen scholastischen Spitzfindigkeiten, welche besonders das letzte Kapitel auszeichnen.

V) Samuel. Stryckii (nat. 1640, † 1710. jur. utriusq. Doct. regis Borussiae consiliarii intimi, ab anno 1692 academiae Hallensis professoris) disput. ad L. Cum Papinianus XVI. Cod. de sentent. et interlocut. omn. jud. D. 14. Novembr. 1673, respondente Joanne Richter, Altenburgens. pag. 431—449 [7]).

Eine ziemlich gelungene Abhandlung, die Mehr enthält, als der Titel verspricht, auch auf das Detail sich einläßt, und einen besonders praktischen Anstrich hat. Die Ehre der Auctorschaft gebührt nicht Stryck (einem umständlichen und langweiligen Juristen), sondern Richter. Das Ganze ist in fünf Kapitel getheilt: cap. 1. De explicatione legis generali. cap. 2. De definitione et divisione reconventionis. cap. 3. De subjecto reconventionis. cap. 4. De objecto reconventionis. cap. 5. De forma, effectu et fine reconventionis.

VI) Jani a Costa († 1636, antecessor. Tolesani) in Decretales Gregorii IX. summaria et commentarii (Prima edit. Lutetiae Parisior. 1676. 4. [8]) ad lib. II. tit. 4. pag. 380—394.

Das ganze Werk, in der Vollendung durch des Verfassers Tod gehindert, und von fremder Hand herausge-

---

7) Samuel. Stryckii dissertationum juridicarum Francofurtensium volumen II. de selectis utriusque juris materiis (Francof. et Lips. 1743 fol.) disput. XVI.

8) Walter (Lehrb. des Kirchenrechts. §. 120. Note b) erwähnt eine editio novissima, Neapol. et Lips. 1778.

geben, beschränkt sich auf Auslegung von Gesetzen, und verfolgt daher kein System. Es lehnt sich besonders an Cujacius. Die Schreibart ist etwas breit, trocken, und nicht frei von uneleganten Wiederholungen. Aelteren Monographen hat Janus a Costa häufig zum Vorbilde gedient, und wird von ihnen auf unverdiente Weise beinahe so behandelt und angeführt, als wenn er für unsere Lehre zuerst die Bahn gebrochen hätte."

VII) Joh. Goeddaei dissert. de satisdatione pro expensis et reconventione. Marburg. 1683.

VIII) Petri Burmanni dissert. de reconventione. Lugd. Batav. 1719.

IX) Theoph. Gisebert tractat. de reconventione. Colon. Agrip. 1735.

X) Romani Telleri (artium magistri, jur. utriusq. candidati) dissert. inaug. de reconventione veteri et hodierna. Lips. 1759. 4. 32 pag.

Der Verfasser entschuldigt allenfallsige Mängel mit der Schwierigkeit des Unternehmens und mit der Kürze der ihm vergönnten Zeit, indem er das Manuskript noch naß dem Drucke habe übergeben müssen, und ihm nicht Muße geblieben sei, um es nur durchzulesen, viel weniger um es zu verbessern. Er gibt uns 12 §§: §. 1. Ratio atque ordo instituti. §. 2. Reconventionis nomen et causa. §. 3. Instituendae reconventionis forum. §. 4. Argumentum contrarium ex l. 23. π. de jud. confutatur. §. 5. Aliud argumentum ex l. 38. pr. π. mand. v. contr. convictum. §. 6. Tertium argumentum ex l. 1. §. 5. π. de extraord. cognit. evertitur. §. 7. Quartum argumentum ex l. 11. §. 1. π. de jurisd. refellitur. §. 8. Ultimum argumentum ex l. 14. C. de sentent. infringitur. §. 9. Instituendae reconventionis modus et effectus. §. 10. Forma reconventionis a Zenone mutata. §. 11. Justiniani super reconventionis forma constitutio. §. 12. Juris Saxonici ratio. Die Schrift, welcher besonders Janus a Costa zum Grunde gelegt wurde, ist in gutem Latein und für einen jungen Juristen,

der sich um den Doktorhut bewirbt, und eiligst eine Dissertation zu schreiben hat, ziemlich gelehrt und wissenschaftlich verfaßt, gleichwohl sehr unvollständig, und bloß auf die erste geschichtliche Grundlage der Lehre beschränkt.

XI) Jo. Aug. Cleemann dissert. de mutuis petitionibus. Lips. 1770.

XII) Caroli Guilielmi Robert (jur. utriusq. Doct. atque philosophiae practicae professoris ordin.) de non-usu practico distinctionis inter mutuam petitionem atque reconventionem in camera imperiali disquisitio. Wezlar. 1782. 4. 94. pag.

Das Hauptverdienst dieser schwülstigen, in 29 §§. abgefaßten Abhandlung, besteht in einer fleißigen Zusammenstellung der Gesetze, der Meinungen der Ausleger, und der alten Literatur. Die Weitwendigkeit der Kompilation steht aber in einem Mißverhältniß zur Kleinheit der Produktion. In den Noten sind die angeführten Stellen ihrem ganzen Inhalte nach abgedruckt; diese Lesefrüchte machen beinahe die Hälfte der Schrift aus, und scheinen als Ballast benützt worden zu sein, um eine größere Zahl von Druckbogen voll zu machen.

XIII) Johann Christian von Quistorp (kgl. schwedischer Appellationsrath. † 1795): Abhandlung von der Reconvention in peinlichen und Strafsachen. In dessen Beiträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien (2 Thle. Rostock. 1787.) Nr. XV.

XIV) J. E. J. Müller promptuarium juris novum. (Lipsiae. 1792. seqq. 4. contin. Christian. Beyer.) vol. VI. (1796) voce reconventio.

Ebenfalls ein alphabetisches Repertorium, als Hilfsmittel sehr zu empfehlen, und weit vollständiger, als das Werk von Socinus (Nr. I.); der Artikel enthält 55 Numern.

XV) Aug. Wilh. Overbeck (Stadtsyndikus in Lipstadt) und Bernh. Ludw. Overbeck (fürstl. lippischer Amtsrath in Schwalenberg): Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. (11 Bde. 3. Aufl. Hannover. 1796—1807. 8.) Bd. VII. (1796) Medit. 352 u. 353. S. 5—12.

Sehr kurz, doch deutlich werden die beiden Behauptungen erörtert: 1) Einem Beklagten, der unmittelbar vor dem Obergerichte belangt werden muß, kann das Recht der Widerklage gegen seinen Kläger nicht abgesagt werden, wenn dieser gleich in erster Instanz unter dem Untergerichte steht; 2) die Widerklage kann noch in der Appellations-Instanz angebracht werden.

XVI) Dr. Gottlieb Hufeland (herzogl. sächs. weimar. Justizrath und Professor): über einen doppelten Vorstand der Widerklage halber. In seinen Beiträgen zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften (5 Stücke. Jena 1792—1802. gr. 8.) Stück V. (1802) Nr. XIII. S. 53—63.

Flüchtige Bemerkungen darüber, ob die Kaution bei der Widerklage eine cautio de judicio sisti oder judicatum solvi sei, angelehnt an einen Rechtsfall aus Frankfurt am Main. Nur Literatur, kein Gesetz ist angeführt.

XVII) Georg Heinrich Oesterley, der Aeltere (Doktor der Rechte): über die Kaution für die Widerklage. Zur Ankündigung seiner Vorlesungen im Winterhalbjahre 1805—1806. Göttingen. 8. 72 S.

Der Verfasser hat hiermit eine kleine und klare, doch nicht erschöpfende Gelegenheitsschrift geliefert, viele teutsche Partikularrechte verglichen, und am Ende in wenigen Sätzen das Resultat zusammengefaßt.

XVIII) Dr. August Hennings (königl. dänischer Kammerherr, Ober-Kommerz- und Fabrik-Intendant in den Herzogthümern Schleswig und Holstein, Oberbeamter in den Aemtern Ploen und Ahrensbök): die Zulässigkeit der Wider-Klage und der Vorstands-Forderung, insonderheit im Exekutiv-Prozesse. Hamburg. 1806. gr. 8. VIII u. 107 S.

Der Zweck des Verfassers ist, wie er selbst sagt, eigentlich nicht, die ganze Lehre vom Vorstande und von der Widerklage abzuhandeln, sondern nur die Frage zu untersuchen: „ob bei einem in liquiden ex documento guarentigiato erhobenen Exekutiv-Prozesse eine Recon-

ventions-Klage [9]) zugelassen werden solle, und wenn dieses verstattet wird, wie in mehreren Gesetzgebungen geschiehet, ob alsdann der Beklagte cautionem pro reconventione et expensis von seinem Kläger fordern könne, und ob, bis solche erfolgt ist, die liquide Schuld ad depositum gebracht werden müsse?" Die Schrift zerfällt in acht Abschnitte: I) Vaterländische Gesetze (Schleswig und Holstein); II) gemeines Recht; III) vom sächsischen Recht; IV) ältere kursächsische Rechte; V) neueres kursächsisches Recht; VI) lübeckisches Recht; VII) Meinungen einiger Rechtslehrer; VIII) Resultate. Der Verfasser hat also einen sehr beschränkten Standpunkt. Das gemeine Recht ist auf 7 Seiten nur oberflächlich berührt. Die Partikularrechte sind umständlicher behandelt, und es findet sich dabei manches Gute, welches für die gemeine Theorie brauchbar ist. Die Schreibart ist nicht die beßte, und die am Schlusse gesetzten Resultate sind ziemlich unbedeutend. Ein Streben, die Widerklage ganz zu verdrängen, ist deutlich an den Tag gelegt. Die Fortschritte des Institutes sind beinahe gar nicht berücksichtigt. Im Ganzen glauben wir behaupten zu können, daß der Verfasser von der Widerklage keine reine Ansicht hat, und den Knoten nicht löst.

XIX) Dr. Aug. Siegmund Kori (großherzogl. und herzogl. sächsischer, auch fürstl. reußischer Ober-Appellationsrath, ordentl. Professor der Rechte zu Jena, und Beisitzer der Juristen-Fakultät und des Schöppenstuhls daselbst): über den Exekutiv-Prozeß und die Widerklage, nach gemeinem und königl. sächsischem Recht. 1. Aufl. Dresden 1813. 2. verbess. u. vermehrte Aufl. Jena 1826. gr. 8. XII u. 116 S.

Von dieser kleinen Schrift interessirt uns der erste, vom Exekutiv-Prozeß handelnde Theil (S. 1—88), mit

---

9) Offenbarer Pleonasmus, da das Wort Reconvention schon den Begriff einer Klage (conventio) enthält.

Ausnahme des §. 37, hier gar nicht. Der zweite Theil ist eine zwar gut gearbeitete, aber äusserst kompendiöse Skizze, welche vorzüglich das sächsische, in unserer Lehre sehr krankhafte Recht berücksichtigt. Im ersten Kapitel wird von der Widerklage überhaupt, im zweiten von dem Verfahren dabei gehandelt.

XX) Dr. C. F. Mühlenbruch (ordentl. Professor der Rechte und Beisitzer der Juristen-Fakultät an der Universität zu Greifswalde, nun geheimer Justizrath und ordentl. Professor der Rechte zu Göttingen): die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, nach den Grundsätzen des römischen Rechts dargestellt (Greifswalde 1817, 2. Aufl. 1826, 3. sehr veränd. u. vermehrte Aufl. 1836 [10]) gr. 8.) §. 62. S. 552—564.

Hier wird untersucht, ob dem römischen Rechte das Institut der Widerklage überall bekannt gewesen sei, und insbesondere inwieferne der Cessionar auf eine Widerklage sich einlassen müsse. So einen kleinen Theil unseres Gegenstandes der gelehrte Verfasser bearbeitet hat, so ist doch nicht zu zweifeln, daß die Wissenschaft daraus Gewinn gezogen hat [11]), namentlich auch, weil dadurch eine sehr schätzbare Gegenschrift (Nr. XXX) hervorgerufen wurde, die aber Mühlenbruch gänzlich entgangen zu sein scheint, denn in der neuesten Auflage seines Werkes ist dieselbe noch nicht angeführt. Ein älteres Programm Mühlenbruch's: de jure ejus, cui actionibus cessit creditor (Rostock 1813) gehört ebenfalls soferne hierher, als es das Werk über die Cession vorbereitete und veranlaßte.

XXI) Dr. Karl Leopold Goldschmidt (Advokat zu Frankfurt am Main): Abhandlungen aus dem teutschen

---

10) Rezens. von Dr. Robert Schneider in d. haller' allgem. Literat. Zeitung. Jänner 1836. Nr. 14 u. 15.

11) Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. I. Nr. II. S. 22.

gemeinen Civilprozesse. (Frankfurt am Main 1818. gr. 8.) Nr. III. S. 20—30.

In dieser Schrift sind einige Materien des Prozesses geschichtlich behandelt, und der Verfasser hat sich überall begnügt, nur die Grundzüge zu entwerfen. Die vollständige Ausführung fehlt. Dieß ist auch bei der Abhandlung über die Widerklage der Fall. Der Verfasser äussert sich darüber in sechs kleinen §§.: römisches Recht (§§. 1. 2.), kanonisches Recht (§. 3.), Reichsgesetze (§. 4.), gemeines teutsches Recht (§. 5.), und gemeine teutsche Praxis (§. 6.). Die Arbeit ist verdienstlich und dankenswerth, und als solche anerkannt [12]). Die Sätze sind gehörig geordnet, und besonders mit älterer Literatur unterstützt, die Schreibart ist bündig und einleuchtend; dessen ungeachtet kommt der Leistung nur der Werth eines gut redigirten Promptuariums zu; es ist nicht mehr gethan, als man für ein Kapitel eines bloßen Lehrbuches des Prozesses nach geschichtlicher Ansicht fordern kann, und das Gerippe könnte erst dann als ein fertiges organisches Gebild erscheinen, wenn es mit Gefäßen, Muskeln und Haut umkleidet wäre.

XXII) Dr. Franz Fischer (ordentl. Professor der Rechte an der Universität zu Prag): die Lehre von der Widerklage. In der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde, herausgeg. von Dr. Binz. Aug. Wagner. (Wien. 8.) Jahrg. 1827. Bd. II. Hauptblatt von Juli bis Dezember. Nr. XXXII. S. 123—166.

Wir erkennen in dieser Arbeit eine lichtvolle, geordnete und ziemlich vollständige Darstellung, welche, wenn sie gleich nur das österreichische Recht behandelt, durch ihre theoretische Begründung auch für den gemeinen teutschen Prozeß Werth hat. Der Verfasser hat übrigens mehr in der Weise eines Praktikers, als eines Gelehrten geschrieben, mit einer gewissen ungründlichen Leichtigkeit

---

12) Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. II. Nr. XII. S. 159.

und Kürze. Von Literatur findet man nur Weniges, und eine Kritik des positiven Rechtes gar nicht; die Verhältnisse des Verfassers und die österreichische Zensur würden eine freimüthige Beurtheilung der geltenden Normen auch schwerlich gestattet haben. Die Abhandlung hat 13 Rubriken: §. 1. Begriff der Widerklage. §. 2. Erfordernisse der Widerklage: 1) von Seite ihres Gegenstandes, §. 3. 2) von Seite des Richters. §. 4. Auch bei einem speziell delegirten Gerichte können Widerklagen angebracht werden. §. 5. Die Standeseigenschaft des Vorklägers ist niemals ein Hinderniß der Widerklage. §. 6. Wer kann eine Widerklage anstellen? §. 7. Gegen wen kann sie angestellt werden? §. 8. Eine reconventio reconventionis ist nicht gestattet. §. 9. Anfang des Widerklagerechtes. §§. 10. 11. Dauer desselben. §. 12. Form der Widerklage. §. 13. Die Widerklage hat auf den Gang des Vorklageprozesses keinen Einfluß.

XXIII) Dr. Aug. Wilh. Heffter (Professor der Rechte zu Bonn, nun zu Berlin): über den Gerichtsstand der gelegenen Sache, und die Frage: kann bei dem persönlichen Richter des Beklagten dieser eine Realklage als Reconvention anstellen, und umgekehrt eine persönliche Klage gegen eine Realklage? Im Archiv für die civilistische Praxis. (Bd. X. (1827.) Nr. IX. S. 201 — 217.

Nur eine einzige Frage aus der Lehre von der Widerklage ist hier behandelt, und noch dazu sehr lakonisch; denn den größten Theil nimmt die Untersuchung über den Gerichtsstand der gelegenen Sache ein. Wir erfahren hier manches Antiquarische über die Entstehung der Widerklage im römischen Recht, und die sehr dürftig substanzirte Meinung des Verfassers. In einem Anhange wird uns noch ein magdeburgisches Schöppenurtheil von 1367 dargeboten, und bei dieser Gelegenheit auch die Familiennachricht mitgetheilt, daß des Verfassers ältester Bruder Dr. Karl Christian Heffter Land- und Stadtrichter zu Jüterbog ist. Das Geschichtliche ist bei dieser Abhandlung nicht nur das Vorherrschende, sondern auch das Beßte,

insbesondere hat der Verfasser vor seinen Vorgängern die Kenntniß und Benützung des Gajus voraus; im Uebrigen wäre zu wünschen, daß er seine Meinung umständlicher und klarer entwickelt, weniger auf blose Muthmaßungen gebaut, und sich einer strengeren logischen Anordnung beflissen hätte.

XXIV) Ueber die vom Widerbeklagten zu stellende Kaution im Prozesse, mit Rücksicht auf einen besondern Rechtsfall. In der allgemeinen juristischen Zeitung, herausgegeben von Chr. Fr. Elvers, Professor in Göttingen (Ebendas. 1828 f. 4.) Jahrg. 1828. Nr. 115. S. 457—459.

Man muß in dieser Arbeit keine wissenschaftliche Abhandlung, sondern nur einen Zeitungsartikel suchen.

XXV) Dr. Justus Timoth. Balth. Linde (Professor der Rechtswissenschaft zu Gießen, später Kanzler der dortigen Universität, und großherzogl. hessischer Ministerialrath): Ist der Grundsatz: reconventio reconventionis non datur, unbedingt richtig? In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß (Gießen, 1828, ff.) Bd. I. Nr. XV. §. 3. S. 325—326.

Ein kleiner, hingeworfener Aufsatz, vorzüglich gegen Gönner geschrieben, in welchem eine umständlichere Entwicklung und festere Begründung der aufgestellten Meinung zu wünschen wären.

XXVI) Derselbe: über die cautio pro reconventione, besonders nach dem Rechte der freien Bundesstadt Frankfurt. In seinen Abhandlungen aus dem teutschen gemeinen Civilprozesse (2 Bdchen. Bonn. 1823 u. 1829. gr. 8.) Bd. II. Nr. IX. S. 122 — 147.

Die Lehre des gemeinen Rechtes ist hier nur oberflächlich berührt. Der Aufsatz hat daher viel Interesse für den frankfurter, nicht aber für den gemeinen Prozeß.

XXVII) Friedr. Albert von Langenn und Dr. Aug. Siegm. Kori (königl. sächsische Appellationsräthe): Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus dem gemeinen und sächsischen Civilrechte und Civilprozesse, mit Beziehung auf die darüber vom königl. sächsischen Appellationsgericht

ertheilten Entscheidungen (3 Thle. Dresden u. Leipzig. 1829. 1830. 1833. 8.) Th. I. Nr. XVIII. S. 156—161: Ist das Erbieten zur diffessio contentorum in der Widerklage zulässig?

Für uns ist diese Abhandlung ohne Werth, da sie nur das sächsische Recht betrachtet, und dessen Fehlerhaftigkeit zur Schau trägt. Die Widerklage ist hier mit einer Tendenz auf Lossprechung von der Klage, nicht aber auf eine reine Verurtheilung des Widerbeklagten, und als eine in agendo zu unternehmende Vertheidigung gegen die Klage durch Einreden oder Einwendungen dargestellt.

XXVIII) Dr. J. J. Lauk (Privatdozent an der Universität Würzburg): Beiträge zur Lehre von der Widerklage. Im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. XII. (1829.) Nr. V. S. 65—84.

Ein Versuch eines jungen akademischen Lehrers. Der Verfasser vermißt eine gehörige Bearbeitung der Widerklage, und kündigt eine neue Entwicklung ihrer Lehre an, die zuerst eine historische Einleitung, dann die dogmatische Darstellung geben, und endlich den legislativen Gesichtspunkt im Allgemeinen andeuten soll. Nach dieser Vorrede sollte man erwarten, daß der Verfasser seine Vorgänger durch ein reicheres und besser bearbeitetes Material überbieten werde; allein hierin wird der Leser getäuscht; denn er findet nur eine kurze Kompilation, wie sie für Kollegienhefte paßt. Schon der Umfang dieser Beiträge ist so unbeträchtlich, daß dadurch eine namhafte Lücke in der Wissenschaft nicht ausgefüllt werden kann. Des Verfassers ganze Lehre füllt nur 20 Seiten, die einzelnen Dogmen sind nichts weniger, als entwickelt, sondern meistens nur oberflächlich berührt, und ältere und neuere Bearbeitungen sind flüchtig rekapitulirt und zusammengestellt. Die Ausführung ist dürftig und dünn, und die Sprache entbehrt jene juristische Fülle, Klarheit und Bestimmtheit, durch welche das Studium erst interessant werden kann. Ziemliche Kenntniß der Literatur und Talent sind übrigens dabei nicht zu verkennen. Bei der historischen Einleitung ist

besonders Hefftter benützt; die dogmatische Darstellung beschäftigt sich mit den drei Fragen: I) Was ist die Widerklage? II) Welches sind ihre Wirkungen? III) Von wem, gegen wen, und bei welchen Rechtsverhältnissen kann sie angestellt werden? Diese Fragen werden kurz abgefertigt, und der stiefmütterlich ausgestattete legislative Gesichtspunkt ist am Ende angehängt. Die Ausbeute der legislativen Forschung wird in den drei Sätzen zusammengefaßt: 1) Die Widerklage ist nicht ganz zu verwerfen, vielmehr 2) muß sie, sowohl gegen In- als Ausländer, bei konnexen Sachen sowohl, als nicht konnexen zugelassen werden, und 3) der Simultanprozeß tritt sowohl bei konnexen, als nicht konnexen Sachen in der Regel ein. Ein Rückblick auf die damals in Baiern kursirenden, nun bei Seite gelegten Prozeßentwürfe macht den Schluß.

XXIX) Dr. Spangenberg (Ober-Appellationsrath in Celle): über die Wirkung der Widerklage, wenn der Kläger die Hauptklage fallen läßt. In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. VI. (1833.) Nr. VI. 4. S. 249 — 254.

Der Verfasser beantwortet die zwei Fragen: 1) ob der Kläger durch den Verzicht auf die Hauptklage auch von seiner Verpflichtung, sich auf die Widerklage einzulassen, befreit wird? und 2) ob, wenn er sich wirklich auf die Widerklage eingelassen hat, er befugt ist, dieser Einlassung nun seinerseits eine Widerklage mit rechtlichem Bestande anzuhängen? Der Aufsatz ist klein, ohne Kenntnißnahme der früheren Literatur, in welcher bereits Spangenberg's Ansichten vorkommen, aber sehr deutlich, und in den Grundansichten über das Wesen der Widerklage richtig.

XXX) Dr. Frid. Guilelm. Eduard. Backe interpretationum juris romani caput III, ubi quaeritur: quatenus in mutua debitoris actione defendere creditorem teneatur procurator in rem suam factus. (Scripsit pro loco professoris ordinarii in academia Albertina

legitime obtinendo. et die 19. Decemb. 1834 publico defendit. Regimontii. 8. 150 pagg. [13]).

Eine Streitschrift gegen Mühlenbruch (Nr. XX.) mit folgenden Abtheilungen: §. 1. Verba edicti (L. 33. §. 3. Dig. de procurat. et defensor. 3. 3.) excutiuntur. §. 2. Singularis de hoc edicto Mühlenbruchii opinio. §. 3. Disputatur de ratione edicti. §. 4. In rem suam factus procurator quatenus defendere debeat? ex ratione edicti sententiaque quaeritur. §. 5. Ipsa proponitur locorum interpretatio: I) L. 33. §. 5. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) II) L. 34. ibid. III) L. 70. ibid. §. 6. Sententiae aliorum recensentur.

Mühlenbruch hat an diesem Rechtsgelehrten einen würdigen Gegner gefunden. Mit tüchtiger Quellenkenntniß, großer Gelehrsamkeit und Gewandtheit hat der Verfasser seinen Gegenstand deutlich, logisch und gründlich durchgeführt, und seine Waffen mit Anstand und Glück gebraucht. Die Schrift, wenn sie auch an manchen Stellen zu breit ist, kann in vieler Hinsicht als ein Muster juristischer Forschung betrachtet werden, und erinnert an Donellus. Der ältern Literatur neigt sie sich mehr zu, als der neuern [14]). Ungeachtet, daß nur ein einzelner Theil von der Widerklage behandelt ist, so haben wir doch durch diese Arbeit eines der beßten Produkte über diese Lehre gewonnen.

XXXI) Ludovici Jerusalem (Lipsiensis, J. U. B. Adv. et Not. in regno Sax. imm.) dissert. de reconventione. Lipsiae, 1837. 4. 40 pagg.

---

13) Kurz rezensirt in Gersdorf's Repertorium der gesammten teutschen Literatur für das Jahr 1836. (Leipzig.) Bd. IX. S. 132.

14) Der Verf. hat z. B. unberücksichtigt gelassen: Bethmann-Hollweg: Versuche üb. einz. Theile d. Theorie d. Civilproz. Nr. III. S. 138—249. u. Heise u. Cropp: juristische Abhandlungen, mit Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte Teutschlands. (Hamburg. 1827. 1830.) Bd. I. Nr. XIV. S. 225 ff.

Erst während des Druckes unseres Werkes haben wir von diesem Schriftchen Kenntniß erhalten, konnten es uns aber nicht mehr rechtzeitig verschaffen, um es zu benützen. Eine Rezension findet sich in Richter's kritischen Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft (Leipzig, 1837), S. 471.

Zweiter Abschnitt.

Von den bei der Widerklage vorkommenden Personen.

§. 14.

Die bei Prozessen handelnden oder betroffenen Personen sind bekanntlich entweder Haupt- oder Nebenpersonen. Jene (Parteien und Richter) sind bei jedem Prozesse unentbehrlich, so daß, wenn nur eine einzige von ihnen fehlt, ein Prozeß, faktisch und rechtlich, weder entstehen noch geführt werden kann. Die Nebenpersonen, zu welchen z B. die Advokaten und Zeugen gehören, können nach Umständen bald vorkommen, bald fehlen, die Rechtsstreite sind durch sie keineswegs bedingt. Hier ist besonders von den Hauptpersonen zu sprechen, weil in Beziehung auf sie durch die Widerklage eigenthümliche Verhältnisse und zweifelhafte Fragen entstehen. Aber auch der Nebenpersonen muß gedacht werden, soferne eine Kollision vorhanden zu sein scheint, und ein Bedenken sich bildet, ob Nebenpersonen bei der Hauptklage Hauptpersonen bei der Widerklage werden können u. dergl. Den ganzen Abschnitt theilen wir in zwei Titel, und handeln von den Parteien zuerst, weil diese den Prozeß eröffnen, nachher erst von dem Richter.

Erster Titel.

Von den Parteien.

§. 15.

An den Parteien (dem Kläger und Beklagten) haben wir die Persönlichkeit und die Rollen derselben zu betrachten. Hinsichtlich der Persönlichkeit der Parteien tritt bei der Haupt- und Widerklage Identität ein, d. h. bei der Widerklage kann keine Person Partei sein, als welche auch bei der Hauptklage bereits Partei ist. Die Widerklage bringt keine neuen Gegner auf, sie nimmt sich dieselben aus der Hauptklage, immer wiederholen sich die vorigen. Vermindern kann sich allerdings das Parteienpersonal bei der Widerklage, z. B. wenn sechs Streitgenossen Hauptbeklagte sind, ist es möglich, daß nur zwei aus ihnen widerklagen, ohne daß die übrigen vier sich anschließen [1]); aber das erwähnte Personal kann sich nicht ganz umändern, erneuern, oder vermehren, so daß andere Personen als Parteien eintreten oder zuwachsen, und dadurch ein verschiedenes judicium entsteht [2]). In dem angegebenen Falle ist nur die Anzahl der Widerkläger kleiner, als die der Hauptkläger; dessen ungeachtet ist aber doch Identität der Persönlichkeit vorhanden, weil die zwei Widerkläger auch in der Hauptklage sich entgegenstehen. Treten aber in eine Widerklage, wegen des er-

---

1) Prozeß-Ord. f. d. Großherzogthum Baden v. 1831. §§. 317. 318. Vgl. oben §. 12. Nr. VI. und unten §. 20. Note.

2) Donelli comment. lib. XVII. cap. 3. §. 8. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 4. Auch bei der nämlichen Streitfrage (eadem quaestio) wird durch den Wechsel der Personen die Sache eine andere. L. 14. pr. L. 22. Dig. de except. rei jud. (44. 2.)

folgten Todes der Partei, die Nachfolger ein, so ist auch die Hauptklage auf sie übergegangen; es ist also wieder Identität vorhanden. Nichtidentität liegt dagegen in den Parteirollen. Diese werden bei der Widerklage umgekehrt. Wer bei der Hauptklage als Beklagter erschien, ist bei der Widerklage Kläger, und wer dort den Kläger machte, muß sich hier bequemen, Beklagter zu werden. Jede Partei hat also einen Januskopf, indem sie zugleich zwei verschiedene Physiognomieen zur Schau trägt, A. ist (Haupt-) Beklagter, und (Wider-) Kläger, B. (Haupt-) Kläger und (Wider) Beklagter, Beides immer in einer andern Klage. Dieses Verhältniß ist natürlich und vernünftiger Weise anders nicht denkbar. Denn wollte der Hauptkläger gegen den Hauptbeklagten noch eine Klage anstellen, so daß also jede Partei zwei Mal die nämliche Rolle hätte; dann würde die zweite Klage mit der ersten sich nicht kreuzen, sondern ihr sich anschließen; sie würde also, bei völlig fehlender Opposition, durchaus keine Widerklage sein; es wäre eine successive Klagenhäufung oder eine Nachklage gegeben. Auch würde ein besonderer Gerichtsstand, so wie er im folgenden Titel wird beschrieben werden, nicht begründet sein; die beklagte Partei würde mit der zweiten Klage bei ihrem persönlichen und ursprünglich kompetenten Richter, bei welchem auch die erste Klage angebracht wurde, in Anspruch genommen werden; oder wenn anderswo zuerst geklagt sein sollte, z. B. bei dem Richter des Kontraktes, so könnte die zweite Klage nur wegen materieller Konnexität mit der ersten an ihn ressortiren, oder aus irgend einem andern Grunde, auf welchen es zur Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage nicht ankommt. Unsere beiden Wahrheiten lassen sich kurz in den einzigen Grundsatz zusammenfassen: nur die Parteien der Hauptklage sind als Parteien der Widerklage legitimirt, aber mit Transposition ihrer Rollen, der Hauptbeklagte ist aktiv (als Widerkläger), der Hauptkläger passiv (als Widerbeklagter) legitimirt. Den

Quellen [3]), so wie den Definitionen und Theorien der Rechtslehrer (§. 2.) hat sich dieser Grundsatz von selbst angeboten, allein er ist nicht mit der gehörigen Klarheit erkannt, und nicht mit vollem Bewußtsein ausgesprochen worden, obgleich der Kern der ganzen Lehre von den Personen in ihm geborgen ist, und dieselbe unter seinen Auspizien allein glücklich durchgeführt werden kann.

§. 16.

Die Widerklage ist ein allgemeines Attribut aller Parteien, nicht ein Privilegium einzelner Stände oder Personen [1]). In der Regel kann jeder Hauptbeklagte wi-

---

3) L. 34. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.): „Si quis — agit — an debeat invicem defendere?“ L. 2. §. 5. Dig. de judiciis (5. 1.): — „Sed et si agant, compelluntur se defendere.“ L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.): — „Cujus — in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem — non dedignetur.“ Nov. 96. cap. 2: — „Si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra se conventionem exposuit.“ — Auth. Et consequenter. Cod. de sent: et interloc. (7. 45.): „Et consequenter ego ab aliquo conventus, si vicissim ipsum pulsare velim.“ Cap. 2. X. de mutuis petit. (2. 4.): — „Reus — actorem reconvenerit.“ Cap. 4. X. de ord. cognit. (2. 10.): — „Conventus — si eum (petentem) reconveniat.“ Cap. 3. de rescript. in VI. (1. 3): — „Reus si — actorem sibi obnoxium dixerit, reconventionis beneficio — debet — experiri.“ Sachsenspiegel. Buch III. Art. 12. §. 1: „Svelk man vppen anderen klaget, vnde iene weder vp yne.“ Kam. Ger. Ord. v. 1508. „Wo der Beklagt den Kläger will in das Widerrecht verfassen.“ ꝛc. ꝛc.

1) Mevius (decis. part. III. dec. 131. n. 1.) nennt sie ein communis juris beneficium, was aber eigentlich nur auf den Hauptbeklagten paßt, denn für den Hauptkläger ist die Verbindlichkeit, sich widerbeklagen lassen zu müssen, mehr eine Last, als eine Wohlthat. — Daß auch der dinglich Beklagte zur Widerklage berechtigt sei, wird unten im §. 28. erwiesen.

derklagen, und jeder Hauptkläger widerbeklagt werden. Allein man muß auch, um diese Regel ansprechen zu können, in einer wahren Hauptklage Partei sein; denn die Zulässigkeit der Widerklage darf, da diese eine außerordentliche Einrichtung ist, nicht über die Gesetze hinaus vom Ausleger verstanden werden. Sie fällt also bei solchen Personen hinweg, welche in bloßen Implorationen, Anzeigen, vorbereitenden Gesuchen, Provokationen, Handlungen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit u. dergl. als Parteien befangen sind [2]). Auch ergibt sich von selbst, daß eine Person, die nicht klagen kann, auch nicht berechtigt ist, eine Widerklage zu erheben. Denn die Widerklage ist nur eine modifizirte Klage, und in dem Verbote des Klagens überhaupt ist sofort auch die Untersagung, in einer besondern Art zu klagen, enthalten [3]). Wird Jemand beklagt, so kann er dadurch zwar für seine eigene Rechtsverfolgung Vortheile erlangen, aber nicht erst die Befugniß zu dieser letzteren, sondern sie muß, wenn er sie nun in einer modifizirten Form geltend machen will, ihrer Substanz nach vorher schon vorhanden gewesen sein. Auch kann eine solche zum Klagen rechtlich unfähige Person nicht widerbeklagt werden, weil man Hauptkläger sein muß, ehe man Widerbeklagter werden kann. Endlich ist es klar, daß Alle, gegen welche keine Klage Statt findet, auch der Widerklage nicht unterliegen. Bei den Römern gehörten die Sklaven und die im Amte stehenden

---

2) Voet comment. ad Pandect. lib. V. tit. 1. §. 86. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 4. §. 12. Mevii decis. part. IX. dec. 104. Fischer in der Zeitschrift für österreich. Rechtsgelehrsamkeit ꝛc. Jahrg. 1827. Bd. II. Hauptblatt v. Juli bis Dez. S. 152. Heise und Cropp: jurist. Abhandl. Bd. I. S. 263.

3) LL. 113. 147. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 39. de reg. jur. in VI. (5. 13.) Leyser meditat. ad Pand. spec. 123. cap. 5. Gebrüder Overbeck: Meditat. üb. verschied. Rechtsmaterien. Bd. VII. Med. 350. S. 1 ff.

Magistratspersonen unter diejenigen, welche weder klagen, noch beklagt werden konnten [4]); bei unsern Verhältnissen sind aber diese Bestimmungen nicht mehr anwendbar [5]). Im kanonischen Rechte ist den mit dem Kirchenbann belegten Sündern die Befugniß, als Kläger vor Gericht zu stehen, entzogen [6]). Innozenz III. hat ihnen noch überdieß speziell in Cap. 5. X. de except. (2. 25.) das Widerklagerecht genommen; denn nachdem er ihnen für den Fall, daß sie beklagt sind, jede Art von Vertheidigung gestattet hat, wird im Gesetze verordnet: „Ceterum non sic in reconventione sentimus, ne quod in defensionis remedium sustinetur, ad impugnationis materiam extendatur.“ Auch lehrt Lancelottus [7]): „Huic (excommunicato) licet alioqui excipiendi facultas minime sit interdicta, actorem tamen reconvenire non conceditur, ne quod — in defensionis remedium sustinetur, ad impugnationis materiam extendatur.“ Bayer [8]) behauptet noch die gegenwärtige Wirksamkeit des Verbotes, allein mit Unrecht, weil der Kirchenbann größten Theils veraltet ist, und der Arm der geistlichen Gewalt, in Folge der veränderten Zustände und des neueren Staatsrechtes, nicht mehr auf solche Art in die Weltlichkeit und in die bürgerlichen Verhältnisse übergreifen

---

4) L. 48. Dig. de judiciis (5. 1.) L. 32. Dig. de injur. (47. 10.) L. 8. Dig. de accusat. (48. 2.) L 107. Dig. de reg. jur. (50. 17.) L. 6. Cod. de judiciis (3. 1.) Ausnahmen in L. 53. u. 67. Dig. de judiciis (5. 1.) Vgl. Donelli comment. lib. XVII. cap. 4. §§. 8. 24.

5) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 114. Note 2.

6) Cap. 7. X. de judiciis (2. 1.) Cap. 1. de rescript. in VI. (1. 3.) Cap. 8. de sent. excomm. in VI. (5. 11.)

7) Instit. jur. canon. lib. III. tit. 9. §. 6.

8) Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß (4. Aufl. München 1834.) S. 26.

kann [9]). Im teutschen Rechte kömmt, als ein Analogon der römischen capitis diminutio [10]), die Reichsacht vor, in deren Folge die Betroffenen nicht mehr Prozeßparteien sein konnten, weil sie an Leib und Gut vervehmt, aller Rechtsverhältnisse entsetzt, und des Staatsschutzes verlustig wurden [11]), auch noch überdieß in den Kirchenbann verfielen [12]); doch hat mit dem teutschen Reiche die Reichsacht aufgehört, und nur in der Partikulargesetzgebung kömmt das Institut des bürgerlichen Todes mit gleicher Wirkung vor [13]). — Den Personen, welche ein Klagerecht gänzlich entbehren, reihen sich diejenigen an, welche entweder nicht in eigener Person klagen können, und von Andern vertreten werden müssen, ohne daß dabei ihrem Willen ein Einfluß gestattet wird, oder die doch wenigstens an die Einwilligung und den Beistand Anderer gebunden

---

9) Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 44. Note 1. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 114. Note 2.

10) Tit. Dig. de capite minut. (4. 5.) L. 63. §. 10. Dig. pro socio (17. 2.) L. 1. §. 7. Dig. de bonor. poss. contra tab. (37. 4.) L. 2. pr. Dig. de poenis (48. 19.)

11) Kam. Ger. Ord. v. 1555. Th. II. Tit. 9. §. 20.

12) Reichstag zu Frankfurt v. 1435. §. 8. zu Freiburg im Breisgau v. 1498, §. 8. zu Augsburg v. 1500. Art. 11. zu Kostniz v. 1507. §. 27. Landfriede zu Worms v. 1521. Art. 16. und zu Augsburg v. 1548. Art. 25.

13) Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern (v. 1813. München 1813.) Th. I. Art. 7: „Der zur Kettenstrafe Verurtheilte ist, vom Augenblicke der Rechtskraft des Urtheils an, bürgerlich todt; sein Vermögen fällt an seine Erben, welche ihm hieraus den nöthigen Unterhalt zu reichen verbunden sind; er kann fürder nichts besitzen, und für sich nichts erwerben; er kann nicht auftreten vor Gericht, weder als Kläger, noch als Beklagter" ꝛc. — Hinsichtlich der Anstandsbriefe ist zu bemerken, daß sie die Inhaber nicht gegen die Möglichkeit, beklagt und widerbeklagt zu werden, sondern nur gegen die Exekution und den Konkurs schützen. Linde: Lehrb. des Civilproz. §§. 376. 427. 433.

sind. Alle diese gelten gleichwohl als Parteien, weil die Klagen in ihrem Namen und Interesse gestellt werden. Zur ersten Klasse gehören Kinder, Verstandeslose, Taube, Stumme und gerichtlich erklärte Verschwender [14]); zur zweiten Klasse Minderjährige [15]), Frauenzimmer, wo Geschlechtskuratel gilt [16]), und Ehefrauen rücksichtlich des Dotalvermögens [17]). Kommen solche Personen in den Fall einer Widerklage, so wird es bei derselben gehalten, wie bei der Klage. Hauskinder stehen in einem besondern Verhältnisse, weil sie mit dem Vater eine einzige Person ausmachen [18]). Obgleich einige Juristen behaupten, diese Einheit falle bei uns hinweg, so ist doch die gegentheilige Meinung die richtige, da diese juristische Fiktion weder den jetzigen Zuständen feindlich widerstreitet, noch durch ein neueres Gesetz aufgehoben ist [19]). In der Regel müssen daher die Klagen gegen den Haussohn von dem Vater aufgenommen, und die Klagen des Haussohnes von dem

---

14) L. 4. pr. Dig. de in jus vocando (2. 4.) L. 1. §. 3. Dig. de postul. (3. 1.) L. 1. pr. Dig. de curat. furios. (27. 10.) L. 9. Dig. de re judic. (42. 1.) L. 48. Dig. de obligat. et action. (44. 7.) LL. 40. 124. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

15) §. 2. Inst. de curat. (1. 23.) L. 1. §. 3. Dig. de admin. et peric. tut. (26. 7.) L. 45. §. 2. Dig. de re jud. (42. 1.) L. 1. 2. Cod. qui legitim. pers. standi (3. 6.) L. 11. Cod. qui dare tutor. v. curat. (5. 34.) Ausnahmen in LL. 8. 11. Dig. de accusat. (48. 2.) L. 4. Cod. de his qui ven. aetat. (2. 45.) L. 3. Cod. qui legitim. pers. standi (3. 6.) L. 10. Cod. de appell. (7. 62.) Vgl. Cap. 14. X. de restit. spoliat. (2. 13.) Cap. 3. de judiciis in VI. (2. 1.)

16) Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 43. Note 3.

17) L. 11. Cod. de jure dot. (5. 12.) Eine Ausnahme in L. 29. ibid.

18) L. 11. Cod. de impub. et aliis subst. (6. 26.)

19) Höpfner: Kommentar üb. d. Instit. §. 104. Nr. 4. Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. IV. §. 646.

Vater angestellt werden. Wegen der erwähnten Personeneinheit aber kann der Vater, wenn er wegen eigener Schulden belangt ist, auch Forderungen des Hanssohnes widerklagend anbringen, und eben so kann der beklagte Hanssohn Ansprüche des Vaters mit einer Widerklage verfolgen, nur muß er wegen der väterlichen Genehmigung Kaution leisten [20]). Bei einer Klage des Vaters findet eine Widerklage gegen den Sohn Statt, bei Klagen auf Peculien nur so weit sie reichen [21]), und bei einer Klage des Sohnes ist eine Widerklage gegen den Vater erlaubt, selbst über den Bestand der Peculien hinaus [22]). In manchen Fällen ist die Personeneinheit nicht vorhanden, die angegebenen Folgerungen fallen also hinweg, und der Vater erscheint nur als Prokurator des Sohns (§. 18), z. B. bei dem peculium adventitium [23]). Ausnahmsweise ist der Hanssohn selbständige Partei bei dem peculium castrense und quasi castrense, bei dem peculium adventitium, wenn der Vater abwesend oder rasend ist, bei dem peculium adventitium ohne Nießbrauch des Vaters, und bei dem peculium profectitium, wenn weder der Vater noch sein Prokurator gegenwärtig, und ein Schaden oder eine Injurie zu befürchten ist [24]).

§. 17.

Dritte und Nebenpersonen auf Seite der Parteien können, weil sie nicht die Parteien selbst sind, weder widerklagen noch widerbeklagt werden, sie mögen nun ein Interesse haben oder nicht. Wir haben, um hier Alles in das Reine zu bringen, speziell I) von der Benennung

---

20) L. 9. §. 1. Dig. de compens. (16. 2.)

21) Arg. L. 19. ibid.

22) Arg. L. 9. pr. ibid.

23) Krug: d. Lehre v. d. Kompensation. §. 61.

24) Donelli comment. lib. XVII. cap. 4. §. 9 seqq. Reinhardt a. a. O. Th. I. §. 44.

des Auctors, II) von der Intervention, III) von der Streitverkündung, und IV) von der Adcitation zu sprechen.

I) Bei der Benennung des Auctors (nominatio v. laudatio auctoris) zeigt ein Beklagter (Nominant) daß der Kläger (Nominatar) eine unrechte Person belangt habe, und verweist ihn an den wahren Gegner (Nominat, Auctor [1]). Der Nominant lehnt also die Rolle des Beklagten, ehe er sie noch von seiner Seite aufgenommen hat, ab, und er kann daher das durch sie bedingte Recht der Widerklage nicht ausüben. Dagegen kann nunmehr der Nominat, wenn er vom Nominatar wirklich beklagt, und die Einlassung erfolgt ist, gegen diesen eine Widerklage erheben.

Hat der Nominant den Auctor zu spät benannt, so wird Jener als ein muthwilliger Beklagter (liti se offerens) betrachtet [2]); die Nomination, da sie nicht rechtzeitig erfolgte, wird als nicht erfolgt angesehen, und hat keine Wirkung; der Nominant muß dem Kläger zur Rede stehen, als wenn er der wahre Beklagte wäre, ausgenommen wenn er erweislich aus einem verzeihlichen Irrthum gehandelt hat, oder der Kläger freiwillig von ihm absteht. Das Eventualprinzip und die Schuld oder Arglist des Nominanten rechtfertigen die Anwendung dieser Grundsätze auch noch heutiges Tags [3]). Das Leugnen des Klagegrundes, wozu die Angabe, daß man der unrechte Beklagte sei, gehört, ist bei uns an die Zeit der Einlassung gebunden, und die Benennung des Auctors, als Zubehö-

---

1) Gönner: Handb. d. Proz. Bd. I. Nr. XVI. S. 340 ff. Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. III. Nr. XXIV. S. 399 ff. Gensler a. a. O. Nr. XXV. S. 421 f.

2) L. 13. §. 13. L. 45. Dig. de hered. petit. (5. 3.) LL. 25. 26. 27. pr. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 2. Cod. ubi in rem actio (3. 19.) Cap. 5. in f. X. ut lite non contest. (2. 6.) Gönner a. a. O. S. 347.

3) A. M. Mittermaier a. a. O. S. 410 ff.

rung und Substanzirung dieses Leugnens, muß in die nämliche Zeit fallen [4]). Da der säumige Nominant jetzt wirklich in eigenem Namen beklagte Partei ist, und der Auctor eine solche nicht wird, so kann auch Jener, nicht aber dieser, seine Gegenforderung widerklagend verfolgen.

Wir finden indessen doch noch einige Bedenklichkeiten, die beseitigt werden müssen. — Der säumige Nominant, wenn er nicht eine purgatio morae aufbringt, ist in eigener Schuld befangen, und wird, wie es scheint, zur Strafe als Beklagter behandelt; man möchte daher bezweifeln, daß er mit der Strafe zugleich den Vortheil erlangen könne, seine Gegenforderung in dem nämlichen judicium mit einer Widerklage geltend zu machen, und den ordentlichen Gerichtsstand seines Widerpartes zu umgehen. Die Idee der Strafe schließt durchaus jeden Nutzen von sich aus. Allein da die Gesetze über den kritischen Punkt schweigen, so ist es nicht erlaubt, den Verlust des Widerklagerechtes willkürlich anzunehmen [5]). Wenn einmal der säumige Nominant als Beklagter gelten soll, und an die Stelle des Auctors zu treten hat; so muß er auch, wie außerdem dieser, die ganze Rolle eines Beklagten mit allen ihren Beiwerken, Umgebungen und Begünstigungen für sich haben, z. B. die Befreiung vom Beweise, wenn er sich auf Leugnen beschränkt hat, das Recht, die Edition von Urkunden zu verweigern u. s. w. Man kann ihm nicht die lästige Hälfte der Parteirolle allein zuwenden, und ihn

---

4) Analog gilt hier, was Gensler im Archiv f. d. civilist. Praxis, Bd. IV. Nr. XV. S. 182. von der Streitverkündung sagt.

5) Die in Cap. 5. X. de except. (2. 25.) enthaltene Aeusserung: „ne quod in defensionis remedium sustinetur, ad impugnationis materiam extendatur," ist nur das Motiv eines speziell gegen die Exkommunizirten gegebenen Prohibitivgesetzes, und kann hier nicht dahin erweitert werden, daß auch ein nichtexkommunizirter Beklagter, dem eine Schuld bei Führung seines Prozesses zur Last fällt, nur zur Vertheidigung, nicht aber zur Widerklage berechtigt sei.

so nicht im Voraus ruiniren. Da nun das Recht zur Widerklage allen Beklagten zukömmt, ohne daß der säumige Nominant gesetzlich ausgeschlossen ist; so fehlt ein tüchtiger Grund, um ihm dasselbe abzusprechen. Nehme man immerhin eine Strafe an; sie kann doch nur darin gefunden werden, daß der Nominant für eine fremde Verbindlichkeit selbst eintreten, und dafür mit eigenen Mitteln haften muß, was allerdings hart genug ist; es ist aber gefehlt, ihn noch mit einer zweiten Strafe zu belegen, nämlich ihn noch überdieß zu einem schlechter berathenen und rechtsloseren Beklagten zu machen, als der Auctor wäre. Die gesetzliche Gleichheit der Parteien, welche auch bei der Widerklage fortbestehen soll [6]), würde dadurch grell verletzt werden. Zwar hätte der Nominant scheinbar durch eine schuldhafte Handlung oder Unterlassung die Widerklage sich erst errungen, indem er die Hauptklage aufnahm, oder stillschweigend gegen sich erwachsen ließ, ohne den Auctor zu nennen, denn bei einem entgegengesetzten Verfahren hätte er seine Forderung mit einer gewöhnlichen Klage bei dem Richter seines Schuldners verfolgen müssen; auch hat er vielleicht dem Hauptkläger durch diese seine Schuld geschadet, weil derselbe von dem Auctor gar keine oder eine leichtere Widerklage würde zu erwarten gehabt haben; und doch ist es Grundsatz, daß man durch eigene Schuld weder sich nützen, noch einem Andern schaden dürfe [7]); — allein 1) die Thatsache, daß ein unrechter Beklagter unterläßt, den Gegner aufzuklären, und sich die Richtung des Streites gegen sich selbst gefallen läßt, ist mehr eine Aufopferung, als eine Schuld, indem für einen Beklagten

---

6) Cap. 2. X. de mutuis petit. (2. 4.) Lancelotti instit. jur. canon. lib. III. tit. 9. §. 3.

7) L. 1. pr. Dig. de alienat. jud. (4. 7.) L. 2. §. 15. Dig. ne quid in loco publ. (43. 8.) L. 12. §. 1. L. 14. §. 3. 4. Dig. de furtis (47. 2.) LL. 49. 74. 134. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 22. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

keine rechtliche Zwangsverbindlichkeit existirt, dem Kläger den rechten Weg zu zeigen, und irgend Etwas an der Klage als unrichtig darzustellen; könnte man aber auch 2) eine Schuld auf Seite des unrechten Beklagten annehmen, so darf der Vortheil, widerklagen zu können, nicht angesehen werden, als direkte Folge des schuldhaften Benehmens, sondern als Zubehörung der dem Nominanten auferlegten Parteirolle. Der Hauptkläger wird sich auch darüber nicht beschweren können, denn gerade er ist in Schuld befangen; er hätte sich nämlich nach dem wahren Gegner erkundigen, und gegen diesen seine Klage richten, oder, ehe er seiner Taktik gewiß war, gar nicht klagen sollen, ja er kann sogar absichtlich den unrechten Mann in Anspruch genommen haben. Indem man dem Nominanten vorwirft, daß er durch Versäumniß der rechtzeitigen Nomination sich eine Widerklage erringe, beherzige man zugleich, daß der Hauptkläger durch Beklagung einer unrechten Person dem Auctor die Möglichkeit widerzuklagen sperrt, und so, wenn er Ursache hat, dieß zu wünschen, einen bessern Standpunkt erlangt. Auch ist sowohl bei dem Vortheile des säumigen Nominanten, als bei dem Nachtheile des Hauptklägers die Bedeutung gewiß oft sehr prekär. Denn jener kann doch immer gesondert klagen, was ihm sogar wünschenswerth sein kann, er gewinnt also durch das Widerklagerecht nur formell; und diesem ist es vielleicht in vielen Fällen bequemer und angenehmer, daß seine Gegenschuld jetzt sogleich im nämlichen Prozesse vom Gegner zur Sprache gebracht, als wenn wider ihn bei seinem Richter ein neuer Streit anhängig gemacht wird. In jedem Falle aber hat der Hauptkläger einen wichtigen Vortheil darin, daß er den begonnenen Prozeß gegen den unrechten Mann ohne Weiteres fortsetzen kann, und nicht mit Kostenverlust gegen den Auctor aufzutreten braucht. Endlich läßt sich die Rolle des Nominanten auch aus andern Motiven, als aus einer Strafe, ableiten. Es wird nämlich fingirt, er habe sich zum Prozesse erboten, und man kann gewiß nicht annehmen, daß in einem Erbieten

ein Verzicht auf die Vortheile der Rolle enthalten sei. Nach römischem Rechte enthielt ohnedieß die litis contestatio eine Novation und einen Quasikontrakt[8]), so daß also nach der litis contestatio der Beklagte vertragsmäßig zur Partei wurde, und also auch der unrechte Beklagte, nachdem er sich eingelassen hatte, auf den Grund eines freiwilligen Aktes, nicht aber einer Strafe, im Prozesse verbleiben mußte. Wenn auch unsere moderne Theorie hiervon im Ganzen abweicht[9]), so können wir doch zum Theil und analog das Verhältniß des Beklagten um so mehr darin begründen, als auch jetzt noch im Civilprozesse das freie Dispositionsrecht der Parteipersonen die Hauptgrundlage ausmacht. Hat freilich der unrechte Beklagte sich absichtlich als wahre Partei benommen, so kann man zwar nach der verspäteten oder versäumten Nomination das Einschreiten gegen ihn mit mehr Anschein von Recht als eine Strafe betrachten, da er jetzt nicht eines bloßen Versehens, sondern einer Arglist schuldig ist; allein auch hier nehmen wir wegen Mangels der oben berührten Verbindlichkeit keine Schuld an, und es beschränkt sich die Strafe jeden Falls nur darauf, daß er wie der rechte Beklagte haften muß, und er verliert dabei nicht die Attribute seiner Rolle. Sollten aber endlich vielleicht gar beide Parteien im Einverständnisse gewesen sein, und den Richter mit einem falschen Beklagten hintergangen haben, dann muß der ganze Prozeß aufhören, sobald die Sache an den Tag kömmt, und es kann also auch keine Widerklage Statt finden. Denn der Kläger, da er selbst einen dolus wider sich hat, kann den Beklagten nicht festhalten, und der Richter kann nicht verbunden sein, die Justiz für ein Blendwerk zu verwenden,

---

8) L. 3. §. 11. Dig. de pecul. (15. 1.) L. 22. Dig. de tutelae et ration. distrah. (27. 3.) L. 29. Dig. de novat. (46. 2.) Keller: über Litiscontestation u. Urtheil. §§. 9. 14.

9) Mittermaier: im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. III. Nr. XXIV. S. 411 f. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 206.

und sich als Spielball einer schalkhaften Uebereinkunft herzugeben. Wo übrigens immer der Nominant berechtigt ist, eine Widerklage anzustellen, kann er mittels derselben nur eine ihm für seine eigene Person zustehende Gegenforderung geltend machen, aber nicht einen Anspruch des Auctors, indem er nicht der Repräsentant des Letzteren, sondern für sich selbständig ist.

II) Der (accessorische) Intervenient kann als solcher weder widerklagen, noch widerbeklagt werden, da er in dem Prozesse über die Hauptklage nicht Partei, sondern, wie schon der Name beweist, nur eine ohne Aufforderung dazwischenkommende Nebenperson ist. Jede Intervention setzt einen bereits vorhandenen Streit voraus, in welchem jede der Parteien ihren Gegner gefunden, und das Recht hat, daß ihr ein weiterer nicht aufgedrungen werde [10]). Folglich kann weder ein neuer Kläger, noch ein neuer Beklagter eigenmächtig in diesen Streit eintreten. Ausnahmsweise lassen jedoch die Gesetze einen Dritten assistiren, wenn er bei dem anhängigen Prozesse ein solches Interesse hat, daß entweder sein Recht an einer Sache oder ein persönlicher Anspruch durch den Sieg einer Partei bedingt ist, oder derselbe einem unterliegenden Theile als Verkäufer oder Fidejussor haften müßte [11]). Die Rolle eines solchen Intervenienten ist nichts weniger, als selbständig, sondern accessorisch und untergeordnet; er schließt sich nur der einen oder anderen Partei an, und wird ihr Gehilfe; er kann nichts Neues, Eigenes und Apartes geltend machen, was nicht im Interesse und Bereiche der Partei selbst liegt, ihn jedoch gleichwohl mitberührt. Unter diesen Umständen kann er also für sich die Rechte einer Partei nicht ansprechen, noch ihre Verbindlichkeiten haben, zur Widerklage weder aktiv noch passiv legitimirt sein, und bei der Widerklage der Parteien nicht als Streitgenosse und als unmittelbarer

---

10) Gönner: Handb. d. Proz. Bd. I. Nr. XVIII. §. 2. S. 367.

11) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 110.

Mitkläger oder Mitbeklagter angesehen werden [12]). Sollte übrigens der Intervenient durch Austritt des Klägers oder Beklagten in eine Partei sich verwandeln [13]), so erlangt er auch ihre Attribute.

Unter Intervention verstehen wir aber nur die bisher sogenannte accessorische, und unter diesem Prädikate einen Pleonasmus; denn nach der richtigen Theorie ist jede Intervention accessorisch, und die sogenannte Haupt- oder Prinzipal-Intervention ist nichts Anderes, als eine Klage [14]). Hauptintervenient ist derjenige, welcher in einem bereits anhängigen Rechtsstreite die Ansprüche beider streitenden Theile, ganz oder theilweise, zu vernichten, und an dem Streitgegenstande seine eigenen Rechte ausschließlich und selbständig geltend zu machen sucht. Er hat ein eigenes Interesse, und wird klagender Gegner beider Parteien, welche, wenn nicht eine oder die andere sich fügt, von ihm in die Rolle beklagter Streitgenossen versetzt werden, oder es liegt, nach den Ansichten

---

12) Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 80. A. M. Martin im Magazin für den gemeinen teutschen bürgerlichen Prozeß, herausgeg. v. Martin u. Walch. (Göttingen 1802 ff.) Bd. I. Nr. I. S. 54. Vgl. aber S. 31. a. a. O.

13) Gensler im angef. Archiv. Bd. IV. Nr. XIV. S. 170. Linde a. a. O.

14) Gönner: Handb. d. Proz. Bd. I. Nr. XVIII. §. 3. Gensler im Archiv f. d. civilist. Praxis a. a. O. S. 156. Linde: Abhandlungen aus dem teutschen gemeinen Civilprozesse (Bonn 1823 u. 1829). Bd. II. Nr. X. S. 148. Linde Lehrb. des Civilproz. §. 111. Lauk in den Beiträgen zur Gesetzgebung und praktischen Jurisprudenz, herausgeg. von Zu-Rhein (München 1827 ff.) Bd. II. Nr. XIV. S. 248 ff. Zu-Rhein in seinen Jahrbüchern des gemeinen teutschen bürgerlichen Prozesses (Nürnberg 1829 u. 1830.) Bd. I. Nr. XV. S. 331. Die Gesetze brauchen das Wort intervenire von der accessorischen Intervention. **L. 5. §. 3. Dig. judic. solvi (46. 7.) L. 4. §. 4. L. 5. pr. Dig. de appellat. (49. 1.)**

Anderer [15]), eine subjektive Klagenhäufung vor. Der Streit zwischen den alten Gegnern ruht nunmehr, sie haben das nähere und präjudizirende Interesse, den gemeinschaftlichen Feind zu entfernen, welcher das Objekt, um welches sie haderten, vor Beider Augen hinweg für sich nehmen will; sie treten also in Verbindung, und ein neuer Prozeß beginnt, in welchem der sogenannte Hauptintervenient klagt, und die beiden vorigen wechselseitigen Gegner gemeinschaftlich Beklagte sind. Siegt Jener, so können diese über den von ihm begehrten Gegenstand den Streit nicht wieder aufnehmen, weil sie diesen Gegenstand an ihn verloren haben; unterliegt Jener, so wacht unter diesen der alte Prozeß wieder auf. Der Hauptintervenient hat nur voraus, daß er, wegen materieller Konnexität seiner Klage, bei dem Richter des ersten Prozesses auftreten darf; im Uebrigen ist er, wie jeder andere Kläger, zu beurtheilen. Eine Widerklage findet also auch gegen ihn Statt, mag sie nun von beiden beklagten Streitgenossen (den sogenannten Hauptinterventen) oder nur von dem Einen derselben ausgehen (§. 15). In Bezug auf die Rechtzeitigkeit des Anbringens ist es gleichgiltig, in welcher Lage und in welchem Stadium der alte suspendirte Prozeß sich befindet; denn die Widerklage wird im neuen Prozesse erhoben, und nach der Lage dieses letzteren ist ihr Termin zu bemessen. Wenn also der alte Prozeß im Beweisverfahren läge, und die Widerklage gegen den Hauptintervenienten würde mit der Antwort auf dessen Klage angebracht, so wäre sie noch zu offener Zeit erhoben. Die Prozessualisten lehren auch noch das Dasein einer gemischten Intervention, einer Zwitterbildung, die zum Theil accessorische, zum Theil Hauptintervention sein soll; sie kann jedoch nicht anerkannt werden, da wir schon über den einen Bestandtheil, die Hauptintervention, den Stab gebrochen haben, und Niemand zugleich

---

15) Linde: Abhandl. aus dem Civilprozesse. Bd. II. Nr. X. S. 163.

Gehilfe und Gegner einer Partei sein kann [16]). Von der Widerklage bei der gemischten Intervention ist also Nichts zu sagen.

III) Die Streitverkündung (litis denunciatio) führt eine dritte Person in den Prozeß ein, welche, im Falle des Unterliegens der beiladenden Partei, Schadloshaltung leisten müßte, und jene enthält sofort nun Gelegenheit, mit letzterer vereint, wider den Gegner zu handeln [17]).

Der Denunziat unterscheidet sich von dem accessorischen Intervenienten nur dadurch, daß Jener in Folge der Aufforderung einer Partei, dieser unaufgefordert assistirt; er ist nur beigerufener Gehilfe zur Ueberwindung des Gegners bei der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung; der Denunziant behält seine Parteirolle allein, und der Gegner ist nicht verbunden, den Denunziaten als Gegenpartei anzunehmen [18]). Da also der Denunziat eine Nebenperson ist und bleibt, so kann er eben so, wie der Intervenient, weder eine Widerklage anstellen, noch einer solchen unterworfen sein.

IV) Die Zulässigkeit der Adcitation, wenigstens soferne sie durch den Richter von Amtswegen vorgenommen wird, ist in neuerer Zeit von den Rechtslehrern bestritten

---

16) Epplen im Magazin für den gemeinen teutschen bürgerlichen Prozeß, herausgeg. v. Martin u. Walch, Bd. I. Nr. IV. S. 129—148. Martin a. a. O. S. 148—153. Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. II. Nr. XXIV. S. 256 ff. Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 89. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 111. Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen. Th. V. Abth. 1. Nr. IV. S. 123 ff.

17) Gönner: Handb. d. Proz. Bd. I. Nr. XVII. S. 353 ff. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 112.

18) Gensler im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. IV. Nr. XV. S. 180. 188. Reinhardt a. a. O. §. 90. A. M. Gönner a. a. O. S. 360. Mit dem klagenden procurator in rem suam (§. 19.) wird man den Denunziaten nicht verwechseln, wenn man nur bedenkt, daß dieser nicht klagt, sondern erst assistirt, wenn bereits von einem Andern eine Klage erhoben ist.

worden [19]). Darin ist man jedoch einig, daß der zu einem Rechtsstreite Adcitirte als Hauptperson oder Partei erscheine, man mag ihn nun als Streitgenossen oder als Hauptintervenienten ansehen, und wenn dieses ausgemacht ist, so ist auch gewiß, daß er die Rechte und Verbindlichkeiten einer Partei hat, daher widerklagen und widerbeklagt werden kann. Betrachtet man ihn aber als accessorischen Intervenienten, so kommen die über die accessorische Intervention vorgetragenen Grundsätze (Nr. II.) zur Anwendung. Als bloße Nebenperson, welche von der Widerklage ausgeschlossen ist, müßte der Adcitirte auch dann gelten, wenn er nur zu einer einzelnen Handlung, z. B. zur Eideserklärung, vorgeladen wäre; eine wahre Adcitation ist aber eigentlich hier gar nicht vorhanden [20]).

§. 18.

Zu den Nebenpersonen auf Seite der Parteien gehören auch die Prokuratoren oder Anwälte und die Advokaten.

Der Prokurator repräsentirt den Eigenthümer des Rechtsstreites, handelt aber doch nicht im eigenen Namen, und ist nicht persönlich selbst Partei, sondern als solche gilt der von ihm vertretene Prinzipal [1]). Demnach kann

---

19) Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. III. Nr. II. S. 31 ff. Gensler ebendas. Bd. IV. Nr. XV. S. 175 ff. Reinhardt a. a. O. §. 91. Martin: Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses (11. Ausg. Heidelberg 1834.) §. 306. Linde a. a. O. §. 113. A. M. Gönner: Handb. d. Proz. Bd. I. Nr. XIX. S. 385 ff.

20) Gensler a. a. O. S. 178 f.

1) L. 1. pr. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.): „Procurator. est, qui aliena negotia mandatu domini administrat.“ Cicero pro Caecina. cap. 20. Donelli comment. lib. XVII. cap. 4. §. 4. Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 63. Martin: Lehrb. d. Proz. §. 75. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 129. Die L. 22. Cod. de procurat. (2. 13.) nennt den Prokurator

der Prokurator als solcher wegen eigener Forderungen nicht widerklagen, und wegen eigener Verbindlichkeiten nicht widerbeklagt werden, die Widerklage kann immer nur auf Rechtsverhältnisse des Prinzipals gestützt werden[2]).

Was die Vollmacht des Prokurators angeht, wenn er für einen Beklagten auftritt, so wird behauptet werden müssen, daß er eine Spezialvollmacht bedürfe, um für seinen Prinzipal eine Widerklage wirksam anstellen zu können. Ohne eine solche Spezialvollmacht ist er bloß zur Vertheidigung befugt[3]), und hierunter ist die Befugniß, einen Angriff zu machen, und einen selbständigen, neuen Anspruch in den Prozeß hereinzuziehen, nicht begriffen. Allerdings gehört die Widerklage mit zu den Rechten des Beklagten, und es läßt sich einwenden, daß der zur rechtlichen Vertretung des Beklagten überhaupt Bevollmächtigte auch als zur Widerklage beauftragt angesehen werden müsse, weil denn doch diese auch zur Rechtsvertretung im weitesten Sinne gehört[4]). Allein Alles kömmt hier auf den präsumtiven Willen der Partei an, welche nur in der Eigenschaft einer beklagten den Prokurator aufgestellt hat; die Widerklage ist weder ein Theil, noch ein accessorium der dem Beklagten zustehenden Vertheidigung; sie ist etwas

---

nur in formeller Hinsicht dominus. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 12.

2) Arg. L. 23. Dig. de compens. (16. 2.) Glück: Erläut. d. Pand. Th. III. §. 204. Kori: üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 5. S. 93 f. Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Bd. II. Hauptblatt v. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 134.

3) Daher auch der Name defensor. L. 6. §. 2. Dig. de his qui notant. infam. (3. 2.) L. 51. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 9. §. 6. L. 34. §. 3. Dig. de jurejur. (12. 2.) L. un. Cod. de satisdando (2. 57.)

4) Arg. LL. 56. 62. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) LL. 113. 147. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

Außergewöhnliches; sie begründet einen außerordentlichen Gerichtsstand; das Recht, ihren Gegenstand durch eine getrennte Klage zu verfolgen, wird aufgegeben, und die defensive Rolle des Beklagten mit einer offensiven vermehrt und beladen. Daß dieses Alles die Partei wolle, läßt sich erst dann annehmen, wenn sie es speziell ausgesprochen hat; der bloß zur Vertheidigung Bevollmächtigte würde mit einer offensiven Demonstration seine Sphäre überschreiten [5]). Werden doch Spezialvollmachten zu gleich und weniger präjudizirlichen Handlungen erfordert, z. B. zur Erwählung eines Schiedrichters [6]) zur Verwerfung eines verdächtigen Richters, zu Gesuchen um Widereinsetzung in den vorigen Stand, wenn sie als Hauptgesuche angebracht werden [7]) u. s. w. [8]). Wir müssen daher nach der Analogie dieser Fälle und nach dem Prinzipe der Spezialvollmachten [9]) eine namentliche Ermächtigung zur Widerklage fordern. Soll der Gegenstand mit einer gewöhnlichen Klage verfolgt werden, so zweifelt Niemand daran, daß eine Klagevollmacht nöthig sei [10]), wie ungeeignet wäre es also, bei einer Widerklage nicht auf eine Widerklagevollmacht zu dringen, da auch die Widerklage eine Klage ist, und noch dazu eine formell modifizirte [11])! Bei Pro-

---

5) L. 10. Cod. de procurat. (2. 13.) Arg. Cap. 5. X. de except. in f. (2. 25.)

6) Cap. 9. X. de arbitris (1. 43.)

7) Cap. 6. 7. X. de in integr. restit. (1. 41.)

8) J. H. Boehmer jus ecclesiast. protest. lib. I. tit. 38. §. 10. Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 72.

9) J. H. Boehmer l. c.: „Requirunt autem mandatum speciale omnia negotia, quae praejudicium non leve adferre queunt, ut arduis et magni momenti rebus accenseri debeant.“

10) Donelli comment. lib. XVIII. cap. 12. §. 4.

11) Vgl. Kind quaest. forens. tom. III. cap. 7. Kori: üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 12. S. 112.

kuratoren übrigens, die ohne Vollmacht klagen können, ist kein Grund vorhanden, eine solche für die Widerklage einzuholen [12]).

Für den Prokurator des Hauptklägers dagegen ist keine Spezialvollmacht nöthig, um eine Widerklage für denselben aufzunehmen, zu beantworten, und sich darauf einzulassen; der Prokurator ist vielmehr verbunden, seinen Prinzipal auch gegen die Widerklage zu vertheidigen. Denn hier kömmt es auf den Willen der widerbeklagten Partei, und auf die Vermuthung, ob sie an der Widerklage Geschmack finde, gar nicht an; der Hauptkläger, sofern er die Hauptklage nicht fallen lassen will, muß auf die Widerklage zur Rede stehen, und wenn er es unterläßt, so wird auf den Grund seines Ungehorsams hin fingirt, er habe es gethan. Das Verhältniß ist nicht fakultativ, wie bei dem wiederklagenden Beklagten, und überhaupt in allen eine Spezialvollmacht erheischenden Fällen, sondern wer klagt, übernimmt durch diese Handlung die Verbindlichkeit, sich wiederbeklagen zu lassen [13]); folglich ist, wenn für ihn ein Prokurator auftritt, mit der Vollmacht zur Hauptklage auch die zur Vertheidigung gegen eine etwaige Widerklage, als Beiwerk, ertheilt. Will der Hauptkläger, daß sein Prokurator nur allein in der Klage, nicht aber in der Widerklage handle, so kann er höchstens sich selbst persönlich die Vertheidigung gegen letztere vorbehalten [14]), oder dafür einen andern Prokurator aufstellen [15]); hat er aber dergleichen nicht gethan, so liegt dem für die Hauptklage aufgetretenen Prokurator die Vertheidigung ge-

---

12) LL. 35. 40. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.)

13) L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.)

14) Pauli recept. sent. lib. I. tit. 3. §. 2. Arg. LL. 69. 78. §. 1. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 5. Dig. ratam rem hab. (46. 8.)

15) L. 31. §§. 1. 2. L. 37. §. 1. LL. 38. 47. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.)

gen die Widerklage ohne Weiteres auf, da er die ganze Parteirolle seines Prinzipals durchzuführen hat, und hierzu auch jene Vertheidigung nothwendig gehört [16]).

Schon im vorjustinianischen Rechte wird gelehrt: „Actoris procurator non solum absentem defendere, sed et rem ratam dominum habiturum satisdare cogitur“ [17]). Bei Paulus [18]) findet sich die nämliche Stelle, und beigefügt ist noch: „Petitoris procurator rem ratam dominum habiturum, desiderante adversario, satisdare cogendus est; quia nemo in re aliena idoneus est sine satisdatione.“ — Si satis non det procurator absentis, actio ei absentis nomine non datur.“ Die für uns besonders wichtigen Bestimmungen sind aber in die Pandekten niedergelegt, und in neuester Zeit von Backe [19]) sehr gut kommentirt:

L. 33. §. 3. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) Ulpianus lib. 9. ad edict.: „Ait praetor: Cujus nomine quis actionem sibi dari postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat: et ei, quocum eo [20]) nomine aget, id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.“ §. 4. ibid.: „Aequum praetori visum est, eum qui alicujus nomine procurator experitur, eundem etiam defensionem suscipere.“

Wenn wir dem Wortlaute des Gesetzes folgen, so erkennen wir, daß zwei verschiedene Dispositionen

---

16) Leyser meditat. ad Pand. spec. 123. cap. 4. Kori: üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 12. S. 112.

17) Fragm. Vatic. §. 336.

18) Recept. sent. lib. I. tit. 3. §. 4. Vgl. consult. vet. ICti. cap. 3.

19) Interpret. jur. rom. cap. III. §. 1 seq.

20) Daß diese Lesart die richtige sei, wenn gleich im florentiner Kodex nur „quo“ steht, hat Backe a. a. O. §. 1. not. 4. gezeigt.

gemacht sind: 1) Demjenigen, welcher im fremden Namen klagend als Prokurator auftritt, wird befohlen, seinen Prinzipal „viri boni arbitratu“ zu vertheidigen [21]); 2) wird demselben auferlegt, für die Genehmigung seiner Handlungen von Seite des Prinzipals („ad quem ea res pertinet“ [22]) dem Beklagten „boni viri arbitratu“ Sicherheit zu bestellen.

Das Wort „defendere“ bedeutet in der Rechtssprache regelmäßig die Uebernahme der Rolle des Beklagten, im eigenen oder fremden Namen, gegenüber dem angreifenden Kläger [23]); nur bisweilen und ausser der Regel hat defen-

---

21) L. 45. pr. LL. 77. 78. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 7. §. 1. Dig. quib. ex caus. in poss. eatur. (42. 4.)

22) L. 39. §. 2. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.): „Quaeritur apud Julianum, utrum dominum solum ratam rem habere debet satisdare, an etiam ceteros creditores: et ait duntaxat de domino cavendum: nec illis verbis, ad quem ea res pertinet, creditores contineri: nam nec ipsi domino haec incumbebat cautio.“

23) Gaji comment. lib. III. §. 84. — §. 1. Inst. de iis per quos agere poss. (4. 10.) L. 8. Dig. si quis caution. (2. 11.) L. 8. pr. L. 15. §. 1. L. 35. §. 3. L. 39. pr. L. 42. §. 5. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 6. §. 3. Dig. quod cujuscunq. univ. nom. (3. 4.) L. 1. §. 1. L. 21. Dig. ex quib. caus. major. (4. 6.) L. 32. Dig. de noxal. act. (9. 4.) L. 9. §. 6. L. 42. pr. Dig. de jurejur. (12. 2.) L. 76. §. 1. Dig. de contrah. emt. (18. 1.) L. 15. Dig. de operis novi nunc. (39. 1.) L. 9. pr. Dig. de damno infecto. (39. 2.) LL. 3. 5. Dig. de cess. bonor. (42. 3.) L. 2. §§. 2. 3. L. 5. §. 3. Dig. quib. ex caus. in poss. eatur. (42. 4.) L. 1. Dig. de rebus auct. jud. possid. (42. 5.) L. 5. Dig. de except. (44. 1.) L. 3. §. 8. L. 5. §§. 5. 7. L. 13. pr. Dig. judicat. solvi. (46. 7.) L. 5. Dig. de popular. action (47. 23.) L. 52. Dig. de reg. jur. (50. 17.) L. 23. Cod. de procurat. (2. 13.) L. 10. Cod. de pignorat. act. (4. 24.) L. 12. Cod. de testam. milit. (6. 21.) L. 11. Cod. de except. (8. 36.) L. 9.

dere einen andern Sinn [24]). Wo eine Vertheidigung erfordert wird, da ist in der Regel es eine gehörige und vollständige („plene defendere“ [25]); das defendere umfaßt also die gänzliche Durchführung der Sache [26]), namentlich auch die Leistung dessen, worauf die Verurtheilung lautet [27]), und die Sicherheitsbestellung [28]).

In dem prätorischen Edikte, wie es in der L. 33. angeführt ist, wird vorausgesetzt, daß der Prokurator den Kläger vertritt („cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit — qui alicujus nomine procurator experitur“). Da nun das defendere, in seiner gewöhnlichen Bedeutung, bloß der Rolle des Beklagten anheimfällt, und doch vom Prätor dem Prokurator des Klägers zugemuthet wird; so müssen wir annehmen; daß das Edikt von dem Falle spricht, wenn der Kläger zugleich Beklagter wird, d. h. wenn der Kläger von seinem Geg-

---

Cod. de contrah. et committ. stipul. (8. 38.) Cicero act. in Verrem II. lib. 2. cap. 72. Brissonius de verb. signif. voce defendere.

24) L. 4. Dig. quod quisque juris. (2. 2.) L. un. pr. Dig. si quis jus dicenti non obtemp. (2. 3.) L. 45. §. 1. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 2. §. 1. Dig. si ex noxali causa agat. (2. 9.) L. 1. Cod. quib. res jud. non nocet. (7. 56.) Brissonius de verb. signif. voce defensio.

25) L. 9. §. 4. Dig. de interrog. in jure fac. (11. 1.): — „non videtur defendere, quia non plene defendit.“

26) L. 78. pr. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 2. §. 4. Dig. quib. ex caus. in poss. eatur. (42. 4.)

27) L. 63. Dig. de judiciis. (5. 1.)

28) Gaji comment. lib. IV. §. 101. L. 35. §. 3. LL. 53. 46. §. 2. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 21. §. 3. Dig. ex quib. caus. major. (4. 6.) L. 63. Dig. de judiciis. (5. 1.) L. 5. §. 3. Dig. quib. ex caus. in poss. eatur (42. 4.) L. 5. §. 3. L. 6. Dig. judicat. solvi. (46. 7.) L. 36. Dig. de injur. (47. 10.) (46. 7.) Vgl. jedoch L. 6. §. 3. Dig. quod cujuscunq. univ. nom. (3. 4.) u. §. 18. Note 51.

ner mit einer mutua petitio (§. 6. Note 14) oder Widerklage angesprochen ist. Unter dieser Voraussetzung liegt nach dem Gesetze dem klägerischen Prokurator die Vertheidigung seines Prinzipals gegen die Widerklage ob („is eum viri boni arbitratu defendat").

Diese gemeine Meinung bestreitet Mühlenbruch[29]), welchen aber Backe (Note 19) widerlegt hat. Jener bezieht unsere Stelle nicht auf die Widerklage, und nimmt defendere in einem ungewöhnlichen und künstlichen Sinne. Bei ihm bedeutet es: sich wider den Gegner sichern, mag es nun von Seite des Klägers oder Beklagten geschehen, seine oder des Gegners Ansprüche sichern, und namentlich auch Sicherheit oder Kaution leisten.

Mühlenbruch beruft sich auf die L. 43. §. 2. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.): „In popularibus actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit, defensionem, ut procurator, praestare cogendus non est," und fragt: Soll sich etwa auch diese Stelle auf eine Widerklage beziehen, also der Satz dadurch ausgedrückt sein: auf eine Widerklage gegen das römische Volk dürfe ein solcher Kläger sich nicht einlassen? Diese Frage, bei welcher Mühlenbruch die Nothwendigkeit der Verneinung voraussetzt, ist nun aber wirklich zu bejahen. Der „unus ex populo" ist als Kläger bezeichnet („agit"), die defensio kann ihm also nur in der Eigenschaft eines Widerbeklagten beigelegt werden. Zwei Fälle sind zu unterscheiden: Jemand kann für das Volk als Prokurator wegen einer Sache, die zum Volksvermögen gehört, klagend auftreten. Wenn in diesem Prozesse von dem Beklagten eine Widerklage gegen das Volk, wegen einer Schuld desselben, erhoben wird, so muß der Prokurator das Volk (seinen Prinzipal) dagegen ohne Zweifel vertheidigen. Von diesem Falle ist im obigen Gesetze die Rede nicht. Jemand kann aber auch mit einer Popularklage

---

29) Die Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte. §. 62. S. 608 ff.

auftreten, die jedem Einzelnen als solchem zusteht[30]). Dann klagt er nicht für das Volk als Prokurator [31]), sondern im eigenen Namen als betheiligtes Individuum („quasi unus ex populo"). Dieser Fall ist es, auf welchen das Gesetz sich bezieht, und Paulus sagt mit Recht: wenn hier gegen das Volk (welches nicht Partei ist) Widerklage erhoben werde, habe der Kläger nicht, wie ein Prokurator des Volkes, sich dagegen zu verantworten. — Auch aus objektiven Gründen mußte hier die Widerklage wegfallen; denn die Popularklagen hatten eine kriminelle oder doch polizeiliche (deliktartige) Natur [32]); eine reine Civilklage konnte ihnen also nicht entgegengesetzt werden (§. 7. Nr. VII. §. 37. Nr. V. VI.)

Zwei andere Stellen, die Mühlenbruch anführt, sind mehr dazu geeignet, die Meinung seiner Gegner, als seine eigene, zu unterstützen. L. 43. §. 4. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.): „Poena non defendentis haec est, ut denegetur ei actio." L. 5. Cod. de procurat. (2. 13.): „Actionem ei, qui absentis nomine agere vult, si eum non defendat, denegari oportere, jam edicto perpetuo expressum est." Mühlenbruch, welcher diese Stellen nicht erläutert hat, scheint sie dahin zu verstehen, daß dem Prokurator des Klägers, wenn er für diesen nicht Sicherheit leiste, die Klage verweigert werden solle. Da es aber Grundsatz der grammatischen Auslegung ist, ohne dringende Gründe von der gewöhnlichen Wortbedeutung nicht abzugehen [33]);

---

30) Thibaut: System des Pandekten-Rechts (8. Ausg. Jena 1834.) Bd. I. §. 67.

31) L. 42. pr. L. 45. §. 1. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L 5. Dig. de popular. action. (47. 23.)

32) Glück: Erläut. d. Pand. Th. III. §. 205. a. Höpfner: Kommentar üb. d. Instit. §. 1119. vgl. mit §§. 1082. 1115. Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. III. §. 541.

33) Schweppe a. a. O. Bd. I. §. 13.

so ist auch hier wieder das defendere von der Rolle des Beklagten zu verstehen, und es ist also in diesen Gesetzen gesagt: Wenn der Prokurator des Klägers auf eine gegen diesen gerichtete Widerklage nicht antwortet, so soll er, zur Strafe, mit der von ihm angestellten Hauptklage nicht weiter gehört werden [34]).

Füglich kann man den Einwurf zugeben: es seien Stellen vorhanden, in welchen das defendere sich nicht auf einen Widerbeklagten beziehe, wie z. B. L. 2. L. 7. §. 1. Dig. quib. ex caus. in poss. eatur. (42. 4.); allein es bleibt dennoch richtig, daß das defendere in der Regel die Rolle des Beklagten bezeichnet, mag gegen diesen eine gewöhnliche oder eine Widerklage angestellt sein, und daß in unserem Edikte der letztere Fall vorausgesetzt wird. Uebrigens ist es eine unrichtige und unerwiesene Behauptung Mühlenbruch's, daß die Römer stets (??), wo sie eine Widerklage im Sinne hatten, die Worte: mutua petitio, invicem v. vicissim agere, u. s. w. ausdrücklich in den Text setzten. Auch in unserem Edikte kommen solche Worte nicht vor; dessen ungeachtet kann in demselben, nach seiner ganzen Fassung, das defendere des Prokurators nur auf die Vertheidigung gegen eine Widerklage bezogen werden, weil er, als Vertreter des Klägers, nur dann zu einem defensiven Verhalten berufen ist, wenn der Beklagte den Kläger widerbeklagt hat.

Mühlenbruch selbst leugnet nicht ausdrücklich, daß defendere öfters und sogar in der Regel bezüglich auf den Beklagten gebraucht wird (was er auch, ohne sich große Blößen zu geben, nicht leugnen konnte); doch legt er nebenher dem Worte verschiedene Bedeutungen bei; insbesondere nimmt er bei dem Edikte die Bedeutung der Kautions-

---

34) Gothofred ad L. 5. Cod. de procurat. (2. 13.): „Datus ad agendum defendere tenetur; at non e contrario. Datus ad defendendum non cogitur agere.“ L 6. Cod. de compens. (4. 31.) L. 1. Cod. rer. amot. (5. 21.)

leistung an, obgleich die Römer diese weit bestimmter zu bezeichnen pflegen [35]). Dabei unterscheidet er zwei Arten der Kaution: nämlich die cautio de rato, wenn es an einer hinlänglichen Legitimation zum Prozeß mangelte, und die satisdatio super excipienda lite (auf den Grund der L. un. Cod. de satisdando. 2. 57.), durch welche der Prokurator angeblich sich verbindlich machte, auch auf die Einreden sich einzulassen. Beide Arten sollen im Edikte vom Prätor durch die Worte ausgedrückt worden sein: viri boni arbitratu defendat, et ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.“ Diese neue Auslegung ist aber eben so gezwungen, als unrichtig. Der Ausdruck „super excipienda lite,“ wie ihn Mühlenbruch nimmt, scheint ganz von der Sprachweise der Alten abzuweichen. Excipere litem kann weder von dem Vorbringen der Einreden, noch von der Antwort bloß auf die Einreden des Beklagten verstanden werden, sondern es geht im Allgemeinen auf die Annahme einer Klage. Excipere hat hier nicht die technische Bedeutung der exceptio [36]), sondern ist identisch mit suscipere [37]). Wäre eine sol-

---

35) Gaji comment. lib. IV. §§. 90. 98. L. 1. Dig. qui satisdare cogant. (2. 8.)

36) L. 2. pr. Dig. de except. (44. 2.)

37) In dieser Bedeutung kommt excipere öfters vor: L. 22. L. 36. §. 1. Dig. de judiciis. (5. 1.) L. 13. Dig. de noxal. action. (9. 4.) L. 3. §. 6. Dig. de administ. et peric. tut. (26. 7.) L. 27. pr. Dig. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 2. Cod. de hered. v. act. vend. (4. 39.) Suscipere, von der Annahme des Prozesses oder der Klage durch den Beklagten gebraucht, findet man in Pauli recept. sent. lib. V. tit. 1. §. 5. §. 3. Inst. de satisdat. (4. 11.) L. 2. §. 3. Dig. de judiciis. (5. 1.) L. 7. §. 7. L. 20. §. 5. Dig. de hered. petit. (5. 3.) L. 21. §. 4. Dig. de pecul. (15. 1.) L. 10. §. 1. Dig. de in rem verso. (15. 3.) L. 63. §. 1. Dig. pro socio. (17. 2.) L. 1. §. 2. Dig. de administ. et peric. tut.

che Kaution eingeführt gewesen, so würden sich außer jener L. un. Cod. gewiß Spuren bei den Alten finden, und es ist auffallend und der Hypothese Mühlenbruch's entgegen, daß bei der Beschreibung der Kautionen von Gajus [38]) davon nicht die Rede ist. Die L. un. muß in einem ganz andern Sinne genommen werden. Sie lautet: Non est incerti juris, eum, qui apud acta factus est agentis procurator, non compelli ratam rem dominum habiturum satisdare: hoc enim casu veluti praesentis procuratorem intervenire intelligendum est. — Sin autem ei ab adversario opposita fuerit in ipso litis exordio defensionis allegatio, etiam ipse quasi absentis in hac parte procurator satisdationem super excipienda lite praestare cogitur: qua non praecedente, lis quae ei data est, ulterius procedere a judice non conceditur. Rei autem procurator vel defensor, etiam sub gestorum testificatione factus, in ipso litis limine judicatum solvi satisdationem in omnibus causis praestare cogitur." Unter „defensionis allegatio" versteht Mühlenbruch die Entgegensetzung von Einreden auf Seite des Beklagten. Aber das Wort defensio ist nicht so, sondern bezüglich auf die vom Beklagten und Widerkläger besprochene Vertheidigung des Prokurators, welcher für den Kläger und Widerbeklagten handelt, auf die Widerklage zu nehmen. Löst man das Gesetz in eine umständlichere und deutlichere Sprache auf, so sagt es Folgendes: Non est incerti

---

(26. 7.) L. 7. §. 1. L. 9. §. 5. Dig. de tutel. et ration. distrah. (27. 3.) L. 49. pr. Dig. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 34. §. 3. Dig. de liberali causa. (40. 12.) L. 5. §. 3. Dig. quib. ex caus. in poss. eat. (42. 4.) L. 52. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Auf den Richter wird suscipere bezogen in L. 13. Dig. de vacat. et excusat. muner. (50. 5.) und bei Cicero, pro Cluent. cap. 49.

38) Comment. lib. IV. §§. 88—102.

juris, eum, qui apud acta [39]) factus est agentis procurator, non compelli de rato domini satisdare [40]): hoc enim casu intelligendum est, procuratorem veluti praesentis domini [41]) intervenire, et praesentis procuratorem ad satisdationem non teneri, quia dominus mandatum coram judice pronunciat, vel id praesumitur [42]), ex legibus constat [43]). — Si autem contra actorem reus mutuam petitionem sive reconventionem moverit, et procurator reconventi ad defendendum contra reconventionem fuerit excitatus; in hac judicii parte (in reconventione) quasi procurator absentis intelligendus est, ideoque, ut omnis absentium procurator [44]), solitam super suscipienda reconventionis lite satisdationem dare cogitur, i. e. de rato domini quoad defensionis contra reconventionem modum cavere debet. Satisdatione hac non praecedente, actio, quae ei data est, ulterius procedere a judice non concedatur. — Rei

---

39) Der procurator apud acta factus iſt ein Prokurator, welcher von dem Prinzipal bei Gericht zu Protokoll bevollmächtigt iſt. Pauli recept. sent. lib. I. tit. 3. §. 1. Bethmann-Hollweg: Verſuche üb. einzelne Theile d. Theor. d. Civilproz. S. 200.

40) Fragment. Vatic. §. 317.

41) Praesens dominus iſt der am Gerichtsorte anweſende Prinzipal. Vgl. noch L. 5. 6. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 203, hält die Stelle unſeres Geſetzes: „veluti praesentis procuratorem“ für interpolirt, und vermuthet, es habe urſprünglich geheißen: veluti cognitorem (?).

42) L. 18. Dig. mand. (17. 1.) L. 63. Dig. de re jud. (42. 1.) L. 60. Dig. de reg. jur. (50. 17.) L. 6. Cod. mand. (4. 35.)

43) Fragm. Vatic. §§. 331 — 333. §. 3. Inst. de satisdat. (4. 11.)

44) A. a. O. §. 333.

autem procurator, etiam ad acta factus, in omnibus causis satisdationem judicatum solvi in ipso litis limine praestare cogitur“ [45]). Backe [46]) versteht hier unter der satisdatio super excipienda lite mit Unrecht eine satisdatio judicatum solvi. Excipere litem ist durch den Sprachgebrauch von dem judicatum solvere geschieden. Jenes geht auf die Annahme einer zu entscheidenden Klage, die solutio dagegen löst allen Streit auf. Im ersten Absatz des Gesetzes ist von einem im Rechte ausgemachten Falle der satisdatio de rato die Rede („non est incerti juris“), im zweiten Absatze kömmt ein zweifelhafter Fall vor. Wir müssen annehmen, daß in beiden Absätzen von der nämlichen satisdatio gesprochen wird, um eine logische Entgegenstellung, ein tertium comparationis und eine gute Redaktion herauszubringen. Wenn auch die von Backe angerufene L. 28. §. 1. Cod. de administ. tut. (5. 37.) unter der cautela consueta pro litis instructione die satisdatio judicatum solvi verstehen sollte (? [47]), so sehen wir hierin keinen Grund, die satisdatio super excipienda lite in der L. un. Cod. de satisdando mit jener zu identifiziren, da auch die satisdatio de rato eine gewöhnliche ist, und das erste Gesetz von einer andern Sicherheitsleistung handeln kann, als das zweite. Endlich wird durch unsere Auslegung die L. un. mit dem prätorischen Edikte sehr gut in Uebereinstimmung gebracht, weil es hier heißt: „ratum habere satisdet“ [48]). — Die satisdatio super excipienda lite ist also eine Genehmigungs-Kaution; aber in dem Sinne, wie Mühlenbruch sie nimmt, erscheint sie als eine

---

45) §. 4. 5. Instit. de satisdat. (4. 11.) Vgl. dagegen Cicero pro Quintio. cap. 7.

46) Interpret. jur. rom. cap. III. §. 2. pag. 64.

47) L. 28. §. 3. Cod. de administ. tut. (5. 37.)

48) Mit uns harmonirt auch das „Corpus juris“ in's Teutsche übersetzt v. Schilling u. Sintenis (Leipzig 1830 ff.) Bd. V. S. 391.

Schimäre, und die von ihm gezogene Folgerung fällt über den Haufen.

Um zu beweisen, daß defendere eine Kautionsleistung bedeute, führt Mühlenbruch die Worte Ulpian's in L. 5. §. 3. Dig. judicat. solvi (46. 7.) an: „Si modo ille (defensor) paratus sit, rem boni viri arbitratu defendere, hoc est satisdare: sic enim videtur defendere, si satisdet.“ Und dennoch ist hier nicht die Identität von defendere und satisdare ausgesprochen, sondern es ist nur gesagt, daß boni viri arbitratu defendere das satisdare in sich begreife. Von der Nichtidentität kann man sich aus dem ganzen Titel judicatum solvi überzeugen, und noch aus andern Stellen [49]) ist ersichtlich, daß die satisdatio ein Theil der plena defensio war. Auch in der von Mühlenbruch herbeigezogenen L. 28. §. 3. Cod. de administ. tut. (5. 37) hat defensio seine gewöhnliche Bedeutung. Justinian legt den Tutoren und Kuratoren die defensio pro lite im Namen der Pupillen und anderer Personen auf, und setzt dabei voraus, daß gegen diese, nicht von denselben eine Klage erhoben, und durch sie selbst oder mittels eines Andern der Streit aufgenommen werde. „Defensionem autem et nomen ejus in hoc casu apertius declarantes, ne forte putaverint tutores vel curatores gravamen sibimet imponi, illam defensionem decernimus eos subire, quae non satisdatione pro eventu litis constituitur, sed ut tantummodo litem secundum legum ordinem pro pupillo vel adulto aliisque personis instruant, licentiam ex hac nostra auctoritate habentes, sine decreto res, quarum gubernationem gerunt, pro cautela litis subsignare.“ Hierzu vergleiche man in der Verordnung §. 1. die Worte „et actoris,“ und §. 2.

---

49) L. 21. §. 3. Dig. ex quib. caus. major. (4. 6.) L. 63. Dig. de judiciis. (5. 1.) L. 5. §. 3. Dig. quib. ex caus. in poss. eat. (42. 4.)

„vel contra eos agentium.“ Durch den Satz: „defensionem et nomen ejus in hoc casu apertius declarantes“ sagt der Kaiser nicht, daß die defensio eine satisdatio sei; er bestimmt, es sei hier eine defensio gemeint, „quae non satisdatione pro eventu litis constituitur“, und darin besteht, „ut litem secundum legum ordinem — instruant,“ wobei die Erlaubniß ertheilt wird, „sine decreto res (pupilli etc.), quarum gubernationem gerunt, pro cautela litis subsignare“ [50]). Die defensio bedeutet also wieder die Rolle des Beklagten, die Kaution aber gibt sich als eine Art der defensio zu erkennen, und diese kann sogar bisweilen ohne jene vorkommen [51]). Hierdurch erledigt sich auch der mögliche Einwand: wenn die satisdatio nur ein Theil der defensio sei, so habe der Prätor im Edikte nur zu sagen gebraucht: „defendat“ ohne die satisdatio zu erwähnen, weil mit dem Ganzen auch der Theil ausgedrückt sei [52]); nun sage aber der Prätor: defendat et satisdet“, man bürde ihm also einen überflüßigen Ausdruck auf, wenn man jenen Sinn annehme. Abgesehen davon, daß überflüßige Worte dem Rechte nicht fremd sind [53]), glauben wir, daß der Prätor ganz präzis disponirt, und die satisdatio anführt, um das Mißverständniß abzuschneiden, als sei eine defensio ohne satisdatio hinreichend [54]).

---

50) Vgl. L. 1. §. 2. Dig. de administ. et pric. tut. (26. 7.): „Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi judicium suscipiant: sive pupillus ipsis auctoribus, nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent.“

51) L. 6. §. 3. Dig. quod cujuscunq. univ. nom. (3. 4.) L. 34. §. 3. Dig. de jurejur. (12. 2.)

52) L. 72. Dig. de verb. signif. (50. 16.) Cap. 35. 80. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

53) L. 32. §. 6. Dig. de auro, arg. (34. 2.) L. 65. pr. Dig. de verb. oblig. (45. 1.) L. 94. Dig. de reg. jur. (50. 17.) §. 6. Note 9.

54) Arg. L. 81. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

Wenn defendere, so wie Mühlenbruch will, die Kautionsleistung bedeuten sollte, so müßte entweder schlechthin, ohne Bezugnahme auf eine Partei, defendere gesagt, oder es müßte der Gegenpartei, nicht dem defendens, zugewendet sein, weil die Kaution nur zum Beßten des Gegners gereicht (alterum defendere); allein defendere ist im Edikte auf den, angeblich Sicherheit leistenden, Kläger bezogen; „cujus nomine," sagt der Prätor, actionem dari sibi postulabit, is eum defendat[55]). In dieser Relation würde es aber dem Sprachgebrauche und der Natur der Sache auf absurde Weise widerstreiten, unter defendere eine Sicherheitsleistung zu verstehen, da derjenige, welcher für seinen Prinzipal Kaution stellt, zur defensio des Gegners beiträgt, und damit gewiß nicht seine eigene führt. Auch deßwegen kann man eine Identität von defendere und satisdare nicht zugeben, weil im Edikte, wie in andern Stellen[56]) eines von dem andern ausgeschieden ist; und wenn wir erwägen, daß experiri in der Rechtssprache Klagen bedeutet[57]), und daß die defensio

---

55) Vgl. L. 39. pr. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.): In actionibus — debet dominum defendere."

56) Consult. vet. ICti. III. Pauli recept. sent. lib. I. tit 3. §. 4. L. 39. §. 3. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.)

57) L. 3. §. 2. Dig. quod quisq. jur. (2. 2.) L. 8. pr. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 30. Dig. de negot. gest. (3. 5.) L. 1. §§. 4. 7. Dig. de dolo malo. (4. 3.) L. 3. pr. Dig. de alienat. mut. jud. c. f. (4. 7.) L. 30. pr. Dig. de fideicomm. hered. pet. (5. 6.) L. 12. §. 7. Dig. de Public. in rem act. (6. 2.) L. 10. §. 1. Dig. si serv. vind. (8. 5.) L. 7. Dig. famil. hercisc. (10. 2.) L. un. Dig. de condict. ex lege. (13. 2.) L. 5. pr. Dig. de exercit. act. (14. 1.) L. 5. §. 1. Dig. de tribut. act. (14. 4.) L. 38. §. 3. Dig. de pecul. (15. 1.) L. 23. Dig. depos. (16. 3.) L. 14. §. 3. Dig. de praescript. verb. (19. 5.) L. 2. §§. 1. 2. L. 21. Dig. solut. matrim. (24. 3.) L. 9. §. 3. L. 51. Dig. de administ. et peric. tut. (26. 7.) L. 18. §. 15. Dig. de damno infecto. (39. 2.) L. 9. Dig. de fideicomm. li-

dem experiri geradezu entgegengesetzt ist („aequum praetori visum est, eum qui — experitur, eundem etiam defensionem suscipere“), so wird es uns völlig klar, daß damit die Uebernahme der Rolle des Beklagten ausgedrückt sei.

Wie bereits gesagt, das Edikt fordert zwei Stücke: die defensio und die cautio de rato, und damit in Verbindung stehende Gesetze sprechen bald von jener, bald von dieser. Auf die defensio ist die L. 33. §. 4. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) zu beziehen; von der cautio ist die Rede in L. 39. §. 1. ibid. Immer kann hier die defensio nicht von einer sogenannten satisdatio super excipienda lite oder von einem Akte des Klägers als eines solchen, sondern sie muß vielmehr, wie gezeigt wurde, von dem Falle verstanden werden, wo der Beklagte widergeklagt, und also der Kläger, als Widerbeklagter, defensiv zu handeln hat. Dieß zeigt sich besonders in der L. 33. §. 4. Dig. de prorurat. et defensor. (3. 3.). Allen Zweifel hebt Ulpian's Definition, welche nicht allgemein gefaßt, sondern, nach Weise der Alten, dem Edikte in L. 35. §. 3. ibid. speziell angepaßt ist: „Defendere autem est id facere, quod dominus in litem faceret, et cavere idonee. — Praeter satisdationem procurator ita defendere videtur, si judicium accipiat.“ Die weitern Worte Ulpian's und die L. 37. pr. L. 39. Dig. ibid. stimmen damit überein. Die L. 46. §. 1. Dig. ibid. begreift unter defendere das ganze suscipere judicium: „Ei, qui defendit eum, cujus nomine ipse non agat, liberum est vel in unam rem defendere.“ Auch muß man schließen,

---

bert. (40. 5.) L. 63. Dig. de re jud. (42. 1.) Vgl. hiermit Cujacii observ. lib. XII. cap. 25. L. 5. Dig. de except. rei jud. (44. 2.) L. 32. Dig. de obligat. et act. (44. 7.) L. 10. Dig. de sepulch. viol. (47. 12.) L. 7. Dig. ad leg. Jul. de vi priv. (48. 7.) LL. 42. 43. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.) L. 2. Cod. de lege Aquil. (3. 35.) L. 8. Cod. de pignor. et hypoth (8. 14.) Cicero pro Quintio, cap. 11.

daß, wenn es Jemanden frei steht, den Nichtkläger in unam rem zu vertheidigen, die Vertheidigung des Klägers in unam rem nicht angeht. Dieß deutet auf unser Edikt, nach dessen allgemeiner Fassung der Prokurator des Klägers diesen wegen aller Sachen vertheidigen soll, um welche er widerbeklagt ist. Zu diesem allen kömmt noch das Ansehen der Basiliken [58]): „*Προκουράτωρ ἐπὶ τῷ κινῆσαι καθ' ἑτέρου τινὸς ἀγωγὴν δεφενδεύει τον προβαλλόμενον ἐπὶ ταῖς κατ' αὐτοῦ ἀντεναγωγαῖς πρὸς τὸν ἐναγόμενον καὶ λέγοντα κατὰ τοῦ πρωτοτύπου ἔχειν τινὰ ἀντεναγωγήν*“ κ. τ. λ. (Procurator, cum actione adversus alium experitur, defendit mandantem in reconventionibus adversus reum conventum, contendentem, se contra principalem aliquam mutuam actionem habere etc.)

Gehen wir auf den Beweggrund und den Geist unseres Ediktes ein, so finden wir eine Harmonie mit den Grundsätzen über die Widerklage. Wer nämlich klagt, muß sich auch gefallen lassen, daß der Beklagte gegen ihn widerklagt. Denn es ist, nach römischen Ansichten, unbillig, daß Jemand einen Anspruch macht, und sich doch zugleich dem Gegenanspruch der andern Partei an ihn entzieht. Es steht ihm zwar frei, seine Klage zu unterlassen, und so die Widerklage als solche unmöglich zu machen; stellt er aber seine Klage an, so muß er auch der Widerklage sich unterwerfen. Auf den Umstand, ob der Kläger unmittelbar selbst die Klage ausführt, oder ob von dem gesetzlichen Vortheile Gebrauch gemacht wird, daß ein Prokurator die Waffen für ihn erhebt, kann dabei nichts ankommen, da durch einseitige Wahl zwischen diesen beiden Wegen Niemand beschädigt werden darf [59]), und rechtliche

---

58) Lib. VIII. tit. 2. cap. 33. (Ed. Heimbach. tom. I. pag. 371.)

59) L. 39. Dig. de negot. gest. (3. 5.) LL. 74. 155. pr. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 22. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

Konzessionen nicht zum Nachtheile Dritter ausschlagen sollen [60]). Der Beklagte hat, auch bei dem Auftreten eines Prokurators, das Recht, darauf zu bestehen, daß seine Widerklage angenommen werde, und darf, wenn dieses nicht geschieht, die Fortsetzung des Prozesses über die Hauptklage verweigern. Dieß ist nach neuerem Rechte so richtig, daß, wenn selbst die spezielle Vorschrift des Ediktes nicht existiren würde, doch angenommen werden müßte, der Prokurator habe die Vertheidigung des Prinzipals gegen die Widerklage zu übernehmen. Das Edikt ist aber noch weiter, und kann nicht auf die Widerklage allein geradezu bezogen werden, weil diese damals in ihrer jetzigen Gestaltung noch nicht ausgebildet war; sondern das Edikt betrifft überhaupt die Fälle, wo der Beklagte wider den Kläger klagt (mutua petitio, invicem agere — §. 6. Note 14). Da bürdet das Edikt dem klägerischen Prokurator die Vertheidigung aus Rücksichten der Billigkeit auf. So wenig dadurch dem Kläger Unrecht geschieht, so wenig kann der Prokurator sich beschweren, daß er wider Willen mit der Last der Vertheidigung beschwert werde; denn da für ihn der ganze, auf die verweigerte Vertheidigung gesetzte, Nachtheil blos darin besteht, daß ihm seine eigene Klage gesperrt wird [61]); so ist ihm die Wahl gelassen, entweder selbst einer Klage sich nicht zu befleißen, und so auch von der Vertheidigung gegen die Widerklage frei zu bleiben, oder nach angestellter Klage sich so zu benehmen, daß durch sein Auftreten statt des Prinzipals der Gegner nicht zu kurz kömmt. In diesem Sinne sagt Ulpian in der L. 33. §. 4. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.): „Aequum praetori visum est, eum, qui alicujus nomine procurator experitur, eundem etiam defensionem suscipere“ [62]).

---

60) L. 4. Cod. de emancip. liber. (S. 49.)

61) L. 43. §. 4. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.)
L. 3. Cod. de procurat. (2. 13.)

62) Arg. L. 1. pr. Dig. de alienat. jud. mut. c. f. (4. 7.)

Dieser Annahme scheint indessen noch Einiges im Wege zu stehen. Es ist gewiß, daß die defensio nicht nur Demjenigen obliegt, welcher, als procurator voluntarius, durch den Willen des Prinzipals für einen gewissen Rechtsstreit ernannt wurde, sondern auch dem procurator ad res omnes, bei welchem keine specielle, auf einen einzelnen Prozeß gehende, Ermächtigung vorhanden ist, so wie Demjenigen, welcher ohne alle Ermächtigung des Prinzipals, selbst ohne seinen eigenen Willen Prokurator ist (dem Tutor und Kurator), endlich selbst dem actor civitatis, er mag nun durch ein Dekret oder durch ein Gesetz ermächtigt sein [63]). Hier scheint unser Motiv nicht zu passen, da der Prokurator nicht vermöge freien Willens seines Prinzipals oder selbst unfreiwillig als Kläger auftritt. Allein dieser Anstand ist leicht zu heben. Die Prokuratoren aus allgemeinem Auftrag oder in Folge einer ihnen obliegenden Funktion (officium) werden so angesehen, als handelten sie mit Willen ihrer Prinzipale, da sie von diesen, wenn auch im Allgemeinen, ermächtigt sind [64]), oder an ihrer Stelle das Dekret oder das Gesetz die Ermächtigung ertheilt hat. Bei Prokuratoren aber, welche ohne Auftrag handeln, muß der Prinzipal die Klage als negotiorum gestio anerkennen, als ob mit seiner Einwilligung geklagt worden wäre, folglich auch Alles, was die Klage mit sich bringt, namentlich die defensio gegen die Widerklage. Was ferner die Prokuratoren selbst betrifft, welche unfreiwillig für Andere zu klagen haben, so ist bei ihnen die Verbindlichkeit zur defensio innig mit der Ver-

---

Donelli comment. lib. XVIII. cap. 13. Vgl. dagegen Backe interpret. jur. rom. cap. III. §. 3. pag. 77—80.

63) Vgl. über diese Personen L. 35. pr. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 6. §. 3. mit L. 3. Dig. quod cujuscuuq. univ. nom. (3. 4.) Arg. L. 3. §§. 2. 3. Dig. judicat. solvi. (46. 7.) L. 28. Cod. de administ. tut. (5. 27.)

64) LL. 113. 147. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

bindlichkeit zur Klage verbunden, und es geschieht ihnen durch jene eben so wenig Unrecht, als den freiwilligen Stellvertretern. Wäre ein solches Unrecht vorhanden, so müßte es in der Nothwendigkeit zu klagen, nicht in der bloß accessorischen Last der defensio liegen. Also kurz: Wer in eines Andern Namen klagt — (sei er jetzt speciell zu dieser Klage, oder im Allgemeinen zu allen Rechtssachen als Prokurator ernannt, sei er negotiorum gestor, Tutor, Kurator, oder actor civitatis), mag der Wille des Prinzipals wirklich vorhanden, oder giltig fingirt sein (quasi voluntas), mag das Auftreten freiwillig oder nothwendig in Folge einer Funktion, geschehen; der muß den Prinzipal gegen eine Widerklage vertheidigen, da ihm mit der Hauptklage auch Alles übertragen ist, was diese mit sich bringt [65]).

Ist nun dieses der Fall, so erhellt, daß die Vollmacht zur Klage auch die zur Vertheidigung gegen die Widerklage stillschweigend in sich begreift, und daher für letztere eine Spezialvollmacht nicht erfordert wird. Dennoch scheint dieser Ansicht nicht nur das Edikt, sondern auch die L. un. Cod. de satisdando (2. 57.) deßhalb entgegenzustehen, weil sie verordnen, der klägerische Prokurator habe Kaution zu leisten, daß der Prinzipal die Vertheidigung gegen die Widerklage genehmige. Also — läßt sich einwenden — kann man auch wegen dieser Vertheidigung eine Spezialvollmacht fordern; denn die spezielle Genehmigung unterscheidet sich von der speziellen Vollmacht nur dadurch daß jene einer gewissen bereits vollzogenen Handlung nachträglich, jene aber für eine erst künftig zu vollziehende

---

65) Die L. 17. Cod. de procurat. (2. 13.) sagt zwar: „Sed nec defensionem absentis subire compellitur (procurator): cum fidem susceptam implere sufficiat;“ — allein diese Verordnung ist auf den Fall zu beziehen, wenn nach Beendigung der vom Prokurator gestellten Klage, und folglich auch seiner Vollmacht, gegen den Prinzipal eine Nachklage erhoben wird. Kind quaest. forens. tom. III. cap. 7.

Handlung im Voraus ertheilt wird [66]). Es ist aber besser eine Spezialvollmacht, als eine spezielle Genehmigung einzuholen; denn ist einmal jene vorhanden, so ist man sicher, daß die Handlungen des Prokurators in Ansehung des Prinzipals giltig sind; während man, wenn einstweilen der unbevollmächtigte Prokurator handelt, zu besorgen hat, daß die von ihm gepflogenen Akte durch Verweigerung der gehofften Genehmigung von Seite des Prinzipals unwirksam werden; und wenn gleich der Gegentheil durch die cautio de rato entschädigt wird, so ist doch viele Mühe und Zeit verloren worden, und es kann ein neuer Prozeß begonnen werden. Wo also die Einholung einer Spezialvollmacht möglich ist, soll der Richter auf deren Beibringung dringen, die Kautionsleistung wegen Genehmigung wird dadurch überflüssig. — Mit letzterer soll der Richter sich nur begnügen, wenn jene Vollmacht, z. B. wegen Abwesenheit des Prinzipals, nicht sogleich zu haben ist, und sohin durch Zuwarten eine Zögerung eintreten würde [67]). Wir fassen jedoch das Edikt und die L. un. Cod. de satisdando (2. 57.) in folgender Weise auf:

1) Die Gesetze sagen nicht, der klägerische Prokurator solle erst dann die Vertheidigung gegen die Widerklage übernehmen, wenn der Prinzipal einwillige; sie legen ihm vielmehr schlechthin die Vertheidigung als nothwendig auf,

---

66) L. 3. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 12. §. 1. Dig. ratam rem hab. (46. 8.) L. 1. 2. Cod. si major. fact. alienat. (5. 74.)

67) §. 3. 4. Inst. de satisdat. (4. 11.) L. 12. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 3. §. 2. Dig. ut in poss. legat. (36. 4.) L. 21. Dig. ratam rem hab. (46. 8.) L. 1. 12. Cod. de procurat. (2. 13.) Codicis Chisiani collectio. §§. 11. 42. in Haenel dissensiones dominorum sive controversiae veterum juris romani interpretum, qui glossatores vocantur. (Lipsiae. 1834.) pag. 131. 147. Hugolini dissens. DD. §. 28. a. a. O. pag. 271. Hugolini distinct. spec. e cod. Bamberg. §. 7. a. a. O. pag. 563.

und erfordern nebstdem noch eine Sicherheit wegen der Genehmigung. Da es nun widersprechend ist, dem Prokurator eine Handlung als nothwendig zuzumuthen, und sie doch zugleich von dem Willen des Prinzipals abhängig zu machen, so muß jene Kautionsleistung eine andere, Bedeutung haben.

2) Die satisdatio oder cautio de rato bezieht sich nämlich entweder darauf, der Prokurator solle Sicherheit leisten wegen der Genehmigung, daß er geklagt, und damit auch das nothwendige accessorium der defensio übernommen habe [68]), in welchem Falle also die Genehmigung der Klage auch die der defensio enthält, ohne daß sie für diese speziell erfolgen muß; — oder die satisdatio bezieht sich auf die Genehmigung nicht der Uebernahme der Vertheidigung, weil sie nothwendig ist, sondern der Art ihrer Durchführung und ihres Inhaltes, was auch sehr natürlich ist, denn nicht von dem Akte der Vertheidigung an sich, sondern nur von der Methode und der Taktik ist eine Verletzung des Prinzipals zu fürchten, und demnach ist dieser nur über letztere noch zu hören [69]). Also kann man nicht wegen Uebernahme der Vertheidigung eine cautio de rato oder eine Spezialvollmacht fordern, sondern nur eine Kaution, daß der Prinzipal die Form und Substanz der Vertheidigung genehmigen werde. — Zwar wird im Corpus juris öfters die satisdatio ohne Weiteres auf die defensio bezogen [70]); allein theils ist damit die satisdatio judicatum solvi gemeint, theils ist von der Vertheidigung gegen eine Klage, nicht gegen eine Widerklage die Rede, bei welcher der Prokurator für seinen Prinzipal, in der Eigenschaft eines Klägers, bereits legitimirt ist; theils haben die römischen Juristen sich die Sache bestimmter vorgestellt, als ausgedrückt, oder

---

68) L. 39. §. 1. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.)

69) L. 49. Dig. ibid.

70) L. 46. §. 2. L. 53. Dig. ibid.

der bestimmte Ausdruck ist bei der Redaktion des justinianeischen Rechtes verwischt worden. Heutiges Tages pflegt man zwischen der Vollmacht, einen Akt vorzunehmen, und der Genehmigung der Art seiner Vornahme nicht mehr in dieser Art zu unterscheiden; man nimmt an, daß, wenn Jemand zu einem Akte bevollmächtigt ist, der Prinzipal auch damit die Methode und den Inhalt des Handelns in seinem Interesse dem Bevollmächtigten überlassen habe; ja — es wird kaum der Vorbehalt einer solchen Genehmigung gestattet. Nach heutigem Rechte also hat der Prokurator, wenn er zur Klage bevollmächtigt ist, nicht nur keine Spezialvollmacht zur Vertheidigung gegen die Widerklage nöthig, sondern er hat auch nicht mehr jene cautio de rato zu leisten; wegen einer schlechten Vertheidigung aber bleibt ihm gegen den Prokurator der Regreß offen.

Was von den Prokuratoren gesagt wurde, gilt auch von den Advokaten (rechtskundigen Gehilfen der Parteien), welche sich hier in einer analogen Lage befinden.

§. 19.

Von dem gewöhnlichen Anwalt (procurator in rem alienam) unterscheidet sich der procurator in rem suam. Dieser vertritt den Prinzipal aus eigenem Interesse und zu seinem eigenen Nutzen, wie z. B. der Cessionar, und der Fiskus, wenn er den Schuldner seines Schuldners beklagt [1]). Er wird in Bezug auf Forderungen konstituirt [2]); denn Schuldner können ihre Verbindlichkeiten einseitig nicht abtreten, und wenn der Gläubiger einwilligt, so nimmt er damit einen neuen Schuldner an, und der alte tritt aus [3]). Dagegen können Forde-

---

1) L. 3. §. 8. Dig. de jure fisci. (49. 14.)

2) Mühlenbruch: die Lehre von d. Cession d. Forderungsrechte. §. 22. S. 245. §. 27. S. 309.

3) §. 2. Inst. quib. mod. toll. oblig. (3. 30.) L. 1. 2. Cod. de novat. (8. 42.)

rungen von Gläubigern an andere Personen überlassen werden, ohne daß der Schuldner seine Zustimmung gibt, aber auch ohne daß er seine ursprüngliche Stellung verliert. Hier tritt das eigenthümliche Verhältniß ein, daß eine Forderung auf den Namen des Prokurators steht, während sie der Realität nach den Prinzipal angeht [4]).

Da der procurator in rem suam, in Beziehung auf die übernommene Forderung, weder eine unbetheiligte, noch eine Nebenperson ist, so finden Gesetze, welche eine solche im Auge haben, keine Anwendung, wie z. B. die L. 9. Cod. de compens. (4. 31.): „Ejus, quod non ei debetur, qui convenitur, compensatio fieri non potest.“ Der Schuldner des Prinzipals kann, wegen Gegenforderungen an diesen, den procurator in rem suam beklagen [5]), und in einem solchem Falle kann dieser auch wegen der an ihn übergegangenen Ansprüche widerklagen [6]); denn hat ihn der Kläger wegen seiner Forderung an des Prinzipalen Stelle in Anspruch genommen, so muß er auch sich selbst von dem Prokurator, statt von dem Prinzipal, belangen lassen [7]); auch sind jene Ansprüche wenigstens formell eine res sua des Prokurators, und es kömmt nicht auf die Art der Erwerbung an, so lange sie rechtsgiltig ist. Der procurator in rem suam kann aber auch wegen ursprünglich eigener Ansprüche widerklagen, weil sich denn doch der Kläger als dessen Gegner hingestellt, und nicht vorgezogen hat, nach L. 29. Dig. de procurat. et defensor.

---

4) Schweppe: d. röm. Privatrecht, Bd. III. §. 495.

5) L. 29. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.): „Si actor malit dominum potius convenire, quam eum, qui in rem suam procurator est; dicendum est ei licere.“ L. 55. Dig. ibid.

6) L. 18. pr. Dig. de compens. (16. 2.) Krug: die Lehre v. d. Kompensation. §. 65. S. 166 ff. And. Mein. Mevii decis. part. III. dec. 58. part. VII. dec. 262.

7) L. 1. Dig. quod quisq. jur. (2. 2.) L. 41. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

(3. 3.), den Prinzipal selbst zu beklagen. Kommen besondere persönliche Verhältnisse zwischen dem Schuldner und Prinzipal vor, so mag durch Benennung des Auctors, Intervention, Streitverkündung oder Adcitation ein Ausweg gefunden werden. Besonders bestritten, namentlich von Mühlenbruch und Backe, ist die Frage: Ist der procurator in rem suam, welcher wegen der übernommenen Forderung geklagt hat, berechtigt uud verbunden, eine, auf Forderungen an den Prinzipal gestellte, Widerklage aufzunehmen? Da der procurator in rem suam wegen Forderungen an den Prinzipal nach L. 29. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) einfach beklagt werden kann, und die Widerklage von der Klage nur formell verschieden ist; so läßt sich daraus im Allgemeinen die affirmative, von Backe [8]) vertheidigte Ansicht leicht folgern. Wir haben es indessen hier noch mit dem Edikte des Prätors in L. 33. §. 3. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) — (§. 18.) und andern speziellen Gesetzen zu thun:

L. cit. §. 5. Ulpianus lib. 9. ad edict: „Si quis in rem suam procurator interveniat: adhuc erit dicendum, debere eum defendere: nisi forte ex necessitate fuerit factus.“

L. 34. ibid. Gajus lib. 1. ad edict. provinc: „Si quis in rem suam procuratorio nomine agit, veluti emptor hereditatis, an debeat invicem debitorem defendere? et placet, si bona fide, et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium; non oportere eum invicem defendere.“

L. 70. ibid. Scaevola lib. 1. respons: „Pater filio suo pupillo tutorem dedit Sempronium creditorem suum: is administrata tutela, reliquit fratrem suum heredem, qui et ipse decessit, et per fideicommissum nomen debitoris Titio reliquit, eique mandatae sunt

---

8) Interpret. jur. rom. cap. III. §. 4. pag. 83. seqq.

actiones ab heredibus: quaero cum tam tutelae actio, quam pecuniae creditae, ex hereditate Sempronii descendant, an non aliter madata actio ei detur, quam si defendat heredes, a quibus ei actiones mandatae sunt? Respondi, debere defendere.“

Das prätorische Edikt haben wir im §. 18. auf den gewöhnlichen procurator bezogen, wir müssen es nun auf den procurator in rem suam anwenden. Mühlenbruch [9]) leugnet, daß derjenige, welchem ein Gläubiger seine Klage abgetreten hat, so daß er dadurch procurator in rem suam geworden ist, in dem Falle, wenn er mit einer actio utilis oder mandata auftritt, den Gläubiger (seinen Cedenten) vertheidigen müsse, wenn gegen denselben Gläubiger der beklagte Schuldner eine Widerklage erhebt [10]). Dieß mußte Mühlenbruch, nach seiner Ansicht von unserem Edikte, leugnen, weil er überhaupt nicht anerkennt, daß dasselbe dem Prokurator eine Vertheidigung auflege.

Für diese Meinung spricht Folgendes: Die Widerklage beruht darauf, daß derjenige, welcher seine Forderung betreibt, selbst Schuldner ist. Dem procurator in rem suam ist, nach seinem Willen, und gewisser Massen zu seinem Vortheile, die ganze Forderung durch Cession übergeben, so daß sie ihm eigen gehört, nicht mehr dem Gläubiger; folglich wenn der Prokurator klagt, kann man nicht sagen, der Gläubiger selbst (der Cedent) mache seine Forderung geltend; nein! der Prokurator (der Cessionar) verfolgt das Seinige; gegen diesen kann also der Schuldner keinen Anspruch widerklagend anbringen, welchen er an den Gläubiger hat, sondern nur einen solchen, welcher ihm vielleicht gegen den Prokurator selbst zusteht. Der Cedent kann nicht mehr, wie früher, die Klage beliebig anstellen,

---

9) Die Lehre v. d. Cession d. Forderungsrechte. §. 62. S. 608 ff.

10) Die nämliche Meinung trägt Lauck (im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 80.) oberflächlich vor.

oder unterlassen; dieß hängt jetzt nur vom Cessionar allein ab; folglich kann man dem Cedenten keine Folgen der angestellten Klage aufbürden, und ihn deßwegen weder einem fremden Richter unterwerfen, noch des Cedenten Schuld in das Klageweſen des Prokurators hereinziehen. Auch dem Prokurator würde Unrecht geschehen, wenn er wegen der Ausklagung des Seinigen die Vertheidigung eines Andern übernehmen müßte. Zwar läßt sich einwenden, die Lage des Schuldners dürfe durch eine einseitige Handlung des Gläubigers nicht verschlimmert werden [11]); wenn also von dem Gläubiger an seine Stelle ein Anderer, der procurator in rem suam, als Kläger hingestellt werde, so habe der Beklagte das Recht, die Annahme der Klage so lange zu verweigern, bis der Prokurator sich Alles gefallen lasse, was ursprüglich der Cedent hätte hinnehmen müssen. Allein da es eine rechtmäßige Handlung ist, einen procurator in rem suam zu bestellen; so kann der Gläubiger nicht in dieser Art beschwert werden [12]), wenn nicht ein besonderes Gesetz, aus gewissen Gründen, die Cession entweder verbietet, oder dem Prokurator eine Last auferlegt. Folglich kann dem procurator in rem suam, ohne Vorhandensein eines besondern Gesetzes, die Vertheidigung auf eine gegen den Cedenten gerichtete Widerklage nicht aufgelastet werden. Selbst daß der procurator in rem suam zur Einlassung auf eine Widerklage gegen den Cedenten von diesem ermächtiget werde, geht nicht an, weil die Widerklage gegen den Cedenten nur zulässig ist, wenn und nachdem der Cedent selbst geklagt hat (§. 15.). An seinem Rechte gegen den Cedenten verliert der Schuldner durch den procurator in rem suam nichts; denn die Klage ist die des Prokurators, nicht des Gläubigers und

---

11) L. 39. Dig. de negot. gest. (3. 5.) LL. 74. 155. pr. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 22. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

12) LL. 151. 155. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

Cedenten; der Gläubiger verletzt also den Schuldner nicht, weil er nicht klagt, und weil er, wenn auch nicht einer Widerklage, doch einer gewöhnlichen Klage unterworfen bleibt [13]), und gegen den klagenden Prokurator ist eine Widerklage nicht begründet, weil er nichts schuldet. Dieß endlich läßt sich gar nicht behaupten, daß dem procurator in rem suam mit der Cession der Forderung des Gläubigers auch dessen Schuld (der Gegenstand der Widerklage) cedirt sei [14]).

Dieß Alles ist gesagt im Interesse Mühlenbruch's, welcher behauptet, der procurator in rem suam müsse nach dem Widerklagsrechte, das der Schuldner gegen den Gläubiger habe, diesen gegen eine demselben entgegengesetzte Widerklage nicht vertheidigen. Anders aber verhält sich die Sache, wenn wir dem Edikte den von Mühlenbruch nicht anerkannten, aber im §. 18. nachgewiesenen Sinn unterlegen, daß dem Prokurator die Vertheidigung geboten werde. Nehmen wir diesen Sinn an, so haben wir bloß zu untersuchen, ob in dem Edikte unter dem procurator auch der procurator in rem suam begriffen sei, oder nicht. Nach den Worten des Ediktes wird der procurator in rem suam darunter begriffen. Denn es legt demjenigen die Vertheidigung auf, der in eines Andern Namen eine Klage anspricht. In einem fremden Namen klagt aber auch der procurator in rem suam [15]). Dieß würde jedoch nicht im Wege stehen, wenn der Geist des Gesetzes eine andere Auslegung verlangte; denn so ganz ausgemacht klar, daß die Auslegung gar keinen Spielraum hätte, ist es gerade nicht. Wir müssen also auch den Geist des Gesetzes zu erforschen suchen.

Wenn ein gewöhnlicher Prokurator im Namen desjenigen, welcher gegen einen Andern ein Klagerecht hat,

---

13) L. 29. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.)

14) Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. III. §. 633.

15) Gaji comment. lib. II. §§. 38. 39.

klagt; so muß er den Prinzipal gegen eine Widerklage vertheidigen, da er freiwillig die Klage übernommen hat, der Prinzipal nicht selbst klagen wollte, und die Billigkeit fordert, daß der Klagende auch eine Klage annehme. Gleiche Gründe treten bei dem procurator in rem suam ein. Die Klage des Prinzipals wird angestellt, der Prinzipal hat eingewilligt, daß in seinem Namen geklagt werde, der Prokurator hat die Klage auf sich genommen, — warum sollte also Dieser der Vertheidigung sich entschlagen, Jener dieselbe verhindern dürfen?

Dennoch aber scheint zwischen dem gewöhnlichen Prokurator und dem procurator in rem suam ein bedeutender Unterschied obzuwalten. Denn obgleich der Letztere die Klage aus der Person eines Andern entnimmt, so führt er doch, wie schon der Name zeigt, seine eigene Sache (rem suam), nicht eine fremde [16]). Der procurator in rem suam ist quasi dominus alienae litis alienaeque obligationis, und zwar nicht in der Art, wie nach altem Rechte der cognitor statt des Prinzipals klagte, sondern er erscheint selbst als dominus [17]), der reell über sein Eigenthum disponirt. Wegen dieses Verhältnisses darf auch derjenige, welcher aus irgend einem Grunde berechtigt ist, in die Forderung eines Andern einzutreten, ohne Auftrag eine actio utilis im eigenen Namen anstellen [18]). Die erhobene Klage ist eigentlich nicht die des

---

16) L. 20. §. 1. Dig. de appellat. (49. 1.) L. 1. §§. 11. 12. Dig. quando appelland. (49. 4.) LL. 4. 9. Cod. de procurat. (2. 13.)

17) Gaji comment. lib. IV. §. 97. Fragm. Vatic. §§. 317. 332. L. 1. Cod. Theod. de cognit. et procurat. (2. 12.) L. 13. §. 1. Dig. de pactis. (2. 14.) LL. 25. 46. § 4. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 4. §. 5. Dig. de appellat. (49. 1.) L. 1. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.)

18) L. 55. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 11. Dig. de alienat. jud. mut. c. f. (4. 7.) L. 1. Cod.

Prinzipals, wie sollte also der Prinzipal, ein Nichtkläger, als wiederbeklagt angenommen werden, und der Prokurator, der eigentliche Kläger, davon befreit sein können? Wenn der procurator in rem suam klagt, wird auch nicht mehr vermöge des Willens des Prinzipals die Klage erhoben, jener Billigkeitsgrund, daß der Anstifter der Klage sich auch müsse verklagen lassen, fällt also hinweg, und da sich der Prokurator nicht auf ein fremdes Geschäft, sondern auf sein eigenes Recht stützt, warum sollte ihm eine fremde Vertheidigung obliegen? Es scheint hierher bezogen werden zu können, was Ulpian in der L. 55. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) sagt: „Qui suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.“ Der Prokurator muß also, da er ganz normal verfährt, so gut daran sein, wie jeder andere Kläger, d. h. er muß nicht gezwungen sein, außer sich selbst noch dritte Personen zu vertheidigen.

Und dennoch liegt dem procurator in rem suam ob, seinen Prinzipal gegen eine Widerklage zu vertheidigen. Denn obgleich es wahr ist, daß er seine Sache betreibt, und sein Recht verfolgt, so muß man doch behaupten, daß er nicht im eigenen, sondern im fremden Namen klagt, und zwar nicht nur der Form nach, sondern in der Wirklichkeit. Er muß also die Vertheidigung übernehmen, nicht nur nach den Worten, sondern auch nach dem Geiste des Ediktes.

Es ist im Wesen der Obligationen begründet, nicht daß sie Etwas, welches außerhalb einer Person vorhanden ist, z. B. eine Servitut, uns eigen machen, sondern vielmehr daß ein Anderer verbunden wird, uns Etwas zu geben, zu thun, oder überhaupt zu leisten [19]). Die Obli-

---

de oblig. et act. (4. 10.) L. 5. Cod. quando fisc. v. priv. (4. 15.) L. 9. Cod. de hered. v. act. vend. (4. 39.) L. 18. Cod. de legat. (6. 37.)

19) L. 3. pr. Dig. de obligat. et act. (44. 7.) L. 20. Cod. de pactis. (2. 3.) Code Napoléon, art. 1101.

gation ist ein rechtliches Band, durch welches der Schuldner nothwendig bestrickt wird [20]), und dieses Band inhärirt der Person des Andern; es kann nicht der bloßen Willkür des Gläubigers anheimgestellt sein, so daß er beliebig seinem Schuldner einen andern Gläubiger zu setzen vermag. Wer Eigenthümer einer Sache ist, der ist darüber der höchste und unumschränkte Herr, und hat, bei seinen Dispositionen über die Sache, auf andere Personen gar keine Rücksicht zu nehmen; er darf daher frei damit schalten und walten, und sie auf einen Andern so übertragen, daß dieser an seiner Stelle der allvermögende Souverän der Sache wird. Wer aber eine Obligation hat, darf, weil vermöge eines Rechtsbandes eine gewisse Person ihm Etwas zu geben, zu thun, oder zu leisten hat, die Schuld zwar heraustreiben, indem er bei dem Richter entweder selbst klagt, oder durch einen Andern klagen läßt, aber das Recht der Obligation (den Anspruch auf die Kausalität eines andern Menschen) darf er, ohne des Schuldners Einwilligung, nicht auf einen Andern übertragen [21]).

Wenn also Jemand eine, auf irgend eine Weise kontrahirte, Obligation ohne des Schuldners Einwilligung veräussern will, so muß es so geschehen, daß er selbst Gläubiger bleibt, und die Obligation nicht aus ihrer Lage verrückt, sondern, ihren ursprünglichen Personen fortwäh-

---

20) Pr. Inst. de obligat. (3. 14.)

21) Gaji comment. lib. II. §§. 38. 39. Kaiserrecht. Th. II. Kap. 38: „Wilchem Manne me schold schuldig ist vnn well dy schold ymande gebin daz her feste sycze Der sal se gebin med dez schuldigen wille. Unn wert es eme der schuldige nicht antheysse — so en were dy schold der schuldige nymandt schuldig czu geben Den deme her sy globet hat.“ (Qui nomen alteri concedere cupit, ita ut res stabilis sit, id agat consentiente debitore et se novo creditori obligante. Si autem debitor non consentiat, is securus non est, cui debitum promissum.)

rend inhärirend, einem Andern erworben wird. Dadurch geschieht es, daß eine Obligation zu Jemandes Aktiven gehört, in Bezug auf welche er doch selbst der Gläubiger nicht ist, oder daß die Obligation den Einen (den Cedenten) als Gläubiger, den Andern (den Cessionar) als quasi dominus angeht. Durch diese Rechtsform sind zwei Personen gesetzt, die sonst in einem einzigen Menschen vereinigt sind: der Gläubiger, an welchen die Obligation geknüpft ist, und der Andere, dem sie als Aktivposten angehört [22]). Dieses und kein anderes Verhältniß wird nach dem römischen Rechte durch Aufstellung des procurator in rem suam hervorgerufen. Der Gläubiger nämlich mandirt die Klage und die ganze Administration der Obligation, allein unter der Bedingung, daß dadurch der Prokurator gleichsam ein eigenes Recht erlangen soll; daher ist die Uebertragung unwiderruflich, der Prokurator ist ungebunden, und aller Nutzen gehört ihm, und wenn gleich der alte Gläubiger bleibt, so geht doch das Eigenthum der Obligation an einen Andern über [23]).

Dieses Verhältniß beruht nicht auf einer bloßen Subtilität, und ist kein reiner Ausfluß des starren Formelwesens; denn beinahe das Nämliche findet bei der actio utilis Statt, welche ohne Auftrag dem Nachfolger beigelegt wird [24]), und nicht ein strenger Grundsatz, sondern die Billigkeit macht bei den Obligationen ihre Anforderun-

---

22) Ein ähnlicher Fall kömmt, nach neuerem römischen Rechte, bei dem Pfande vor. Die verpfändete Sache oder das verpfändete Recht verbleibt juristisch dem Geber, nichtsdestoweniger ist des Nehmers Dispositionsbefugniß gleichsam ein eigenes Recht. Nur der Unterschied findet Statt, daß der pfandberechtigte Gläubiger nur auf eine gewisse Art und unter einer gewissen Bedingung über das Pfandobjekt disponiren kann, während der Cessionar ganz freie Hände hat.

23) Schweppe: das röm. Privatrecht. Bd. III. §. 398.

24) Mühlenbruch: die Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte. §. 16. S. 177 ff.

gen geltend. Denn für den Schuldner ist es von dem höchsten praktischen Interesse, wer in der Obligation seine Gegenpartei sei, ob ein geitziger, hartherziger, und zudringlicher, oder ein uneigennütziger, wohlwollender, und zugängiger Mensch, ob ein mächtiger oder mehr unbedeutender Mann, ob ihm vielleicht gar durch Theilung mehrere Gläubiger gesetzt werden [25]), u. s. w. Wenn es einmal erlaubt ist, durch Andere zu klagen, und der Nutzen der Obligation nicht an einen gewissen Menschen unablöslich gebunden ist (wie bei der Servitut das Gebrauchsrecht, und bei höchst persönlichen Rechten); so fordert das Recht, daß der Schuldner, so viel ihm auch daran liegt, die Uebertragung der Disposition über das Obligationsrecht an einen Andern nicht verhindern kann, wenn nicht eine Vertragsbedingung, die Natur des Geschäftes, oder ein besonderes Gesetz (wie, nach der gemeinen Meinung, bei der Cession an Mächtigere [26]) im Wege stehen. Da es aber in der Natur der Obligation liegt, daß das Recht der Obligation selbst nicht von der Person des Gläubigers getrennt werden kann (wenn nicht eine Universal-Succession in Mitte liegt); so ist der Schuldner seines Nutzens wegen befugt, zu fordern, daß diese Schranke von dem Cedenten nicht mißachtet werde.

Hieraus folgt, daß bei einer Obligation, deren Klage der Gläubiger cedirt hat, der Cedent nichtsdestoweniger, nach Recht und Billigkeit, fortwährend für den wahren Gläubiger zu halten sei, und daß dem Cessionar die Obligation nur in gewissem Maase angeeignet werde, indem er nämlich rücksichtlich derselben den Nutzen und die Dispositionsbefugniß erlangt. In allen Cessionsfällen also, wo von der Person des Gläubigers und (juristischen) Klä-

---

25) L. 27. §. 8. Dig. de peculio. (15. 1.)

26) Mühlenbruch: die Lehre v. d. Cession d. Forderungsrechte. §. 30. S. 359 ff.

gers [27]) die Rede ist, wird der Cedent gemeint, wenn nicht deutlich erhellt, daß der Herr des Nutzens und Genusses der Obligation verstanden sei. Wenden wir dieß auf unsern Fall an, so müssen wir behaupten, daß bei der Aufstellung eines procurator in rem suam die Klage, als von dem Prinzipal, nicht von dem Prokurator ausgehend, aufgefaßt werden müsse, und daß daher dieser schon deßhalb von der Vertheidigung nicht entbunden sei, weil der Prätor eine Klage des Prinzipals voraussetzt, die der Prokurator mit allen ihren Beiwerken zu besorgen hat (§. 18.), wenn nicht etwa der mehr universell betrachtete Geist des Gesetzes zu einer andern Annahme führen sollte.

Die Bedeutung oder das Motiv des Ediktes haben wir darin begründet, daß der Gläubiger sein Klagerecht freiwillig in einer Art ausübt, welche, wegen Vorschiebung eines Repräsentanten, den Schuldner hindert, ihn selbst direkt entgegen zu beklagen, und daß der Prokurator freiwillig die Klage übernimmt (§. 18.). Es ist also zu untersuchen, ob dieser Ansicht in der Person des procurator in rem suam etwa dasjenige entgegenstehe, was, im Gegensatze des Prinzipals, ihm angehört, nämlich der Nutzen der Klage und Obligation, und die ganze Disposition darüber. Bekennen müssen wir, daß allerdings in dem Zeitpunkte der Klageerhebung, wann der procurator in rem suam auftritt, weder der Gläubiger freiwillig seines Klagerechtes sich bedient, noch der Prokurator eine fremde Sache betreibt. Allein nicht auf diesen Zeitpunkt ist zu sehen, sondern vielmehr auf den der Klagecession [28]). Dieser ist nämlich der Anfang der

---

27) Der procurator in rem suam ist nur faktischer Kläger.

28) Eine Analogie findet man in der Lehre von der Bedingung, L. 78. pr. L. 137. §. 6. Dig. de verb. oblig. (45. 1.) L. 144. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.) und bei der Schenkung von Todeswegen, L. 22. Dig. de mortis causa donat. (39. 6.)

durch den Prokurator anzustellenden Klage. Indem der Gläubiger seine Klage überträgt, betritt er bereits, wenn auch den Erfolg auf die Zukunft pränumerirend, jenen Weg in der Ausübung seines Rechtes wider den Gegner, auf welchem er dem Klagerechte des Letzteren sich entzieht; deßgleichen gibt hier der Prokurator sich einer fremden Sache zur künftigen Betreibung hin; Beide müssen also dasjenige, was der Prätor für einen solchen Fall angeordnet hat, bei dem künftigen Durchbruche der Sache anerkennen. Unter dieser Voraussetzung ist nicht zu leugnen, daß zur Zeit der Klageübertragung der Gläubiger freiwillig den Weg einschlägt, auf welchem er, ohne eigene Beläftigung, sein Recht ausübt; er gilt sofort fernerhin immer als der Ausübende, wenn gleich ein Anderer auftritt, wie der Nutznießer, nachdem er den Nießbrauch verkauft oder verschenkt hat [29]). Hier verbleibt immer, auch nach der sogenannten Veräusserung, das Recht dem Auctor, und mit seinem Willen und in seinem Namen bedient der Nachfolger sich desselben; ganz anders aber ist es bei der Uebertragung des Eigenthums einer Sache [30]). Auf der andern Seite ist es auch gewiß, daß der procurator in rem suam, in dem Zeitpunkte der Annahme, freiwillig in ein fremdes Geschäft eintritt, und es steht nicht entgegen, daß es durch den Eintritt nun das seinige wird. Man kann auch nicht mit Erfolg einwenden, der procurator in rem suam werde, im Verhältnisse zum gewöhnlichen Prokurator, beschwert, weil dieser doch die Freiheit hat, sogleich im Anfange des Prozesses wieder von der Klage abzustehen, und so die Nothwendigkeit der Vertheidigung zu vermeiden. Denn auch der procurator in rem suam ist dazu befugt, und er kann, wenn er von dem Klagerechte des Schuldners nichts wußte, von seinem Auctor verlangen, daß er ihm seine Klage von der Last

---

29) L. 12. §. 2. LL. 38. 39. 40. Dig. de usufr (7. 1.)

30) Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen. Th. I. S. 304 ff.

der Vertheidigung befreit herstelle, wenn nicht etwa das Klagerecht geschenkt ist [31]). Wußte er aber von jenem Klagerechte des Schuldners, so hat er auch die Alternative übernommen, entweder mit der Verbindlichkeit zur Vertheidigung des Cedenten, oder gar nicht zu klagen; er kann also nun wählen, und sich über die Folgen seiner Wahl nicht beschweren. Uebrigens braucht kaum erinnert zu werden, daß der procurator in rem suam, wie jeder Prokurator, die Vertheidigung auf Kosten des Prinzipals führt; denn diese liegt ihm nicht deßwegen ob, weil die Klage ihn angeht, sondern vermöge der allgemeinen Vorschrift des Prätors, daß der procurator in rem suam seinen Prinzipal repräsentiren soll.

Kurz gefaßt lautet unser Resultat: **der procurator in rem suam muß, nach dem Edikte, die Vertheidigung des Prinzipals gegen eine Widerklage führen, weil er freiwillig ein fremdes Geschäft übernimmt, und weil der Prinzipal durch ihn sein Klagerecht so ausübt, daß er selbst (der Prinzipal) unmittelbar nicht widerbeklagt werden kann.**

---

31) Bei einer verkauften Klage, wenn der Verkäufer wissentlich die mutua petitio verschwieg, kann ohne Zweifel aus dem Kaufe geklagt werden. Arg. L. 4. §. 4. Dig. de aedil. edicto. (21. 1.) Dieß kann auf alle contractus bonae fidei ausgedehnt werden. Aber eine Ausdehnung wird auch auf die contractus stricti juris gestattet sein, sogar wenn der Auctor selbst das Klagerecht des Schuldners nicht kannte. Denn die Vertheidigung gegen die mutua petitio ist keine der Klage inhärirende Last, wie die Servitut die Last einer Sache ist, sondern eine Bedingung ihres Gebrauchs, welche der Cessionar nicht nothwendig annehmen muß. Der Schenkgeber dagegen braucht keine Eviktion zu leisten, und hat also auch nicht dafür zu sorgen, daß der Schenknehmer ohne Verbindlichkeit zur Vertheidigung klagen könne. L. 18. §. 3. Dig. de donat. (39. 5.)

So weit sind wir ganz Backe's Meinung gefolgt. Noch könnte man, was Backe nicht berührt hat, auch den Grundsatz hier anwenden: casum sentit dominus [32]). Denn der Umstand, daß ein berechtigter Beklagter wider den procurator in rem suam von seinem Widerklagerechte Gebrauch macht, scheint in Ansehung des Widerbeklagten zufällig zu sein. Der Beklagte hätte ja stillschweigen, oder auch gegen den Prinzipal selbst eine gewöhnliche Klage erheben können [33]). Das sentire des casus träfe also den Prinzipal (dominus), d. h. dieser, nicht der procurator in rem suam, würde von der Widerklage betroffen werden, und die deßfallsige Vertheidigung auf sich nehmen müssen. Dagegen spricht schon, daß auch der procurator in rem suam ein dominus oder quasi dominus ist (in Beziehung auf die Klage und auf die Disposition über die Obligation), und daher das sentire auf seinen Theil hat. Es stehen aber noch andere Gründe im Wege. Halten wir uns an den Begriff, vermöge dessen der Zufall ein Ereigniß ist, dessen Abwendung geradezu unmöglich ist, oder dessen Beseitigung über die zu verlangende Sorgsamkeit hinausgeht [34]); so müssen wir bezwei-

---

32) L. 23. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

33) L. 29. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.)

34) L. 11. §. 5. Dig. de minor. (4. 4.): — „quod fato contingit.“ L. 2. §. 1. Dig. de peric. et commod. rei vend. (18. 6.): — „Fatale damnum vel vis magna.“ L. 15. §. 2. Dig. locati cond. (19. 2.): — „Omnem vim, cui resisti non potest.“ L. 25. §. 6. Dig. ibid: „Vis major, quam Graeci θεοῦ βίαν, id est vim divinam appellant.“ L. 24. §. 4. Dig. de damno infecto. (39. 2.): — „violentia ventorum, vel qua alia ratione, quae vim habent divinam.“ L. 1. §. 4. Dig. de obligat. et act. (44. 7.): — „majore casu, cui humana infirmitas resistere non potest.“ Kaiserrecht. Th. II. Kap. 54: „Wo eyme schade geschit von dem andern synes vndangkens Ist der schade also geschen Daz me en bewaren mvchte so sal me en geldin noch dez key-

feln, daß hier ein Zufall im Spiele sei. Denn der Prinzipal kann durch Leistung dessen, was er schuldig ist, die Widerklage abwenden, und die Berücksichtigung einer Widerklage bei der Cession läßt sich von der Sorgsamkeit der Kontrahenten verlangen, da dieselbe als möglich, vielleicht (weil es bequemer ist, den klagenden Prokurator widerzubeklagen, als gegen den Prinzipal in einem neuen Prozesse eine gewöhnliche Klage anzustellen) als wahrscheinlich vorauszusehen, und nicht zu vermuthen ist, der Schuldner werde seine Ansprüche unterlassen. Wäre aber auch ein Zufall vorhanden, so könnte doch das sentire nicht auf die Vertheidigung, sondern es müßte vielmehr auf die Leistungen der Verurtheilung und auf die Kosten bezogen werden, welche auch wirklich dem Prinzipal zufallen, oder man müßte hier einen casus mixtus annehmen, an welchem der Prokurator (durch Uebernahme der Vertheidigung) auch seinen Theil trägt, weil er aus eigener Schuld der Cession, mit ihren etwaigen Folgen, sich hingab [35]).

Noch bleibt uns die Anführung eines, weiter von Backe nicht geltend gemachten, Grundes übrig. Der procurator in rem suam ist in der Regel verbunden, sich von der

---

sers rechte. Ist ez aber von solcher sache geschevn Daz en nymant mvchte bewaren den god alleyne So mvfs me den schaden duldin. Sint der keyser hat gesprochin vorlust dy nicht czu wenden ist Dy ensal me nicht suchin." (Si alicui damnum ab altero illatum casu aliquo, quoties illud ita comparatum est, ut evitari potuerit, emendari debet secundum Jus Caesaris. Si vero tali modo, ut nemo praeter Deum solum illud praecavere posset, is cui illud contigit, ferre etiam debet. Imperator enim respondit: Damnum, quod evitari non potuit, actionem nullam producit.)

35) Arg. L. 8. §. 1. Dig. ad leg. Aquil. (9. 2.) L. 30. Dig. de pignor. act. (13. 7.) L. 1. §. 25. Dig. depos. (16. 3.) L. 11. §. 1. Dig. locati cond. (19. 2.) L. 3. Cod. de peric. tut. (5. 38.)

Person des Cedenten hergenommene Einreden gefallen zu lassen [36]). Nun kann zwar allerdings die Widerklage für den Hauptkläger größer und beschwerlicher erscheinen, als jene Einreden; denn namentlich die Einrede der Kompensation steigt nicht über die Klagesumme hinaus, und überhaupt haben Einreden höchstens die Abweisung, nie die Verurtheilung des Klägers zur Folge, während bei der Widerklage (sofern es sich von fungiblen Sachen handelt) ein Ueberschuß gefordert, und auf die Verurtheilung des Hauptklägers ausgegangen wird. Man möchte sich also scheuen, von dem Kleineren auf das Größere zu schließen, und kurzweg zu behaupten, der Hauptkläger habe sich auf Einreden aus der Person des Cedenten einzulassen, folglich müsse der klagende procurator in rem suam sich auch einer Widerklage aus der Person des Cedenten annehmen. Indessen gelangen wir hier dennoch, bei näherer Betrachtung, zu diesem Resultate. Bei fungiblen Gegenständen muß der Gegenanspruch bloß dann durch die Widerklage verfolgt werden, wenn er größer ist, als die klägerische Forderung. Dieser numeräre Unterschied modifizirt zwar die Geltendmachung, kann sie aber nicht unbedingt aufheben, oder aus dem Prozesse hinwegweisen. Da würde ja ausserdem der Beklagte stets schlimmer daran sein, je größer seine Gegenforderung wäre, und der Hauptkläger würde bei einer großen Schuld, in dem von ihm angefangenen Prozesse, nicht vollständig angesprochen werden können, wohl aber bei einer kleinen, bei welcher mit einer bloßen Kompensation abzuhelfen ist. A. z. B. hat eine Forderung zu 5,000 Fl. an den B. dem C. cedirt. B. hat an den A. 4,900 Fl. zu fordern. Wenn nun der Cessionar C. die 5,000 Fl. einklagt, so kann B. die Einrede der Kompensation, bis zum Betrage von 4,900 Fl.,

---

36) Mühlenbruch: die Lehre von d. Cession d. Forderungsrechte. §§. 59—61. S. 584 ff. Franke im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XVI. Nr. XV. S. 417 ff.

entgegensetzen, so daß also seine Schuld auf 100 Fl. herabsinkt. Wenn aber die Gegenforderung des B. in 5,100 Fl. bestehen würde, sollte er sich nicht in der Lage befinden, sie im vollen Betrage sogleich geltend zu machen, und zwar mittels einer Widerklage, indem hier wegen des, die Klagesumme übersteigenden, Betrages die bloße Einrede der Kompensation nicht ausreicht? Oder — sollte es dem Schuldner bloß gestattet sein, seine Gegenforderung nur bis zur numerären Gleichheit mit der Forderung des Hauptklägers durch die Einrede der Kompensation zu realisiren, sollte er sich mit dem Ueberschusse von 100 Fl. zur besondern Austragung verweisen, und sich also zumuthen lassen müssen, jetzt zwei Prozesse zu führen, während bei einer um 100 Fl. kleineren Gegenforderung ein einziger genügt hätte? Gewiß läßt sich dieses um so weniger zugeben, als bei fungiblen Sachen die Widerklage an die Kompensation sich anreiht, und Dasjenige ausrichten soll, was ausser den Gränzen einer Einrede liegt. Und wenn man erwägt, daß sogar häufig die Summe des Ueberschusses kleiner ist, als die der Kompensation, wie denn in unserm obigen Beispiele jene 100, diese aber 5,000 Fl. beträgt; so sind wir gedrängt, dem Beklagten zu erlauben, jene so gut, wie diese in dem vom Kläger anhängig gemachten Prozesse zu verfolgen, gestützt auf die L. 21. Dig. de reg. jur. (50. 17.): „Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere.“ Daß hier die Einrede, dort aber die Widerklage hilft, ist gleichgiltig, denn wer den Zweck billigt, muß auch die Mittel zugeben. Sollte aber die Summe des Ueberschusses größer sein, so ist zu bedenken, daß das römische Recht [37]) auch das argumentum a minori ad majus kennt, und daß der Beklagte mit einem großen Anspruche, selbst formell, nicht schlimmer daran sein darf, als der mit einem kleinen.

---

37) L. 4. Dig. de senator. (1. 9.) L. 5. Dig. de servis export. (18. 7.) L. 7. §. 22. Dig. de interdict. et releg. (48. 22.)

Bei dem aus Nothwendigkeit gewordenen procurator in rem suam fällt der angegebene Grund des Ediktes — freiwillige Uebernahme von seiner Seite, und freiwillige Uebertragung von Seite des Prinzipals — hinweg. Die L. 33. §. 5. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) nimmt auch einen solchen Prokurator von der Vertheidigung aus. Nothwendig ist der Prokurator eingetreten, wenn der Gläubiger zur Aufstellung desselben gezwungen werden konnte, wie dieß bei dem judicium familiae erciscundae geschieht, wenn eine Obligation, in Bezug auf Theilung der Erbschaft, von Einem auf den Andern durch den Richter übertragen wird [38]), oder bei Demjenigen, welcher, während von ihm Etwas gefordert wird, das ein Anderer prinzipell schuldig ist, verlangen kann, daß der Gläubiger seine Klagen abtritt, (beneficium cedendarum actionum), wie der Bürge [39]), der Tutor, welcher die Tutel mit andern Tutoren führt [40]), und der rechtmäßige Besitzer einer verpfändeten Sache [41]), — deßgleichen (was diesem am ähnlichsten ist) wenn Derjenige, welcher Jemanden wegen eines Schadens verbunden ist, die Abtretung der etwaigen Klagen desselben gegen Andere fordern darf, wie der Besitzer einer fremden Sache im guten Glauben, und Andere [42]), ferner wenn auf Jemanden eine

---

38) L. 3. Dig. famil. ercisc. (10. 2.)

39) LL. 17. 36. Dig. de fidejuss. et mand. (46. 1.) LL. 11. 21. Cod. h. tit. (8. 41.)

40) L. 1. §§. 13. 18. Dig. de tutel. et rat. distrah. (27. 3.) L. 2. Cod. de divid. tut. (5. 52.) L. 2. Cod. de contrar. jud. tut. (5. 58.)

41) L. 19. Dig. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 32. §. 5. Dig. de donat. inter vir. et uxor. (24. 1.)

42) L. 6. §. 4. Dig. nautae caup. stabul. (4. 9.) L. 63. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 14. Dig. de servo corrupto (11. 2.) L. 25. §. 8. Dig. locati cond. (19. 2.) L. 12. Dig. de re jud. (42. 1.) L. 53. §. 3. Dig. de furtis. (47. 2.)

Klage wegen meiner oder einer mir geschuldeten Sache übergeht [43]) oder wenn mein Geschäftsführer in meinem Namen eine Klage sich erworben hat [44]) — endlich wenn Jemanden die Nothwendigkeit der Uebertragung einer Obligation auf rechtmäßige Weise (durch ein Legat oder Fideikommiß) von einem Andern auferlegt worden ist [45]). In allen diesen Fällen fehlt nicht nur auf Seite des Gläubigers unsere Anforderung, daß er sich seines Rechtes, durch freiwillige Uebertragung der Klage, bedient, sondern auch bei dem Prokurator kann nicht angenommen werden, daß er ein fremdes Geschäft freiwillig übernimmt; denn was man mit Recht für sich verlangen kann, ist nicht fremd [46]), und wer das Seinige bloß besorgt, ist nicht mit der Vertheidigung der Sache eines Andern zu behelligen. Also liegt dem aus Nothwendigkeit gewordenen procurator in rem suam die Vertheidigung des Prinzipals nicht ob.

Man muß aber bei der Nothwendigkeit einen Unterschied machen. Bisweilen ist dieselbe aus dem Willen des Auctors und Prinzipals hervorgegangen, z. B. wenn der Gläubiger die Klage verkauft, oder durch Stipulation versprochen hat, so daß der Käufer oder Stipulator, mittels der actio emti oder ex stipulatu, die Cession verlangen kann. Sollte hier der procurator in rem suam von der

---

43) L. 20. §. 17. Dig. de hered. petit. (5. 3.) L. 17. §. 1. L. 21. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 15. pr. Dig. ad leg. Aquil. (9. 2.) L. 16. Dig. depos. (16. 3.) L. 13. §. 2. Dig. de action. emti et vend. (19. 1.) L. 39. §. 3. Dig. de legat. I. (30.) L. 14. pr. Dig. de furtis. (47. 2.)

44) L. 8. §. 10. L. 10. §. 6. LL. 43. 45. pr. Dig. mandati. (17. 1.)

45) §. 21. Inst. de legatis. (2. 20.) L. 44. §. 6. L. 105. Dig. h. tit. I. (30.) L. 18. Cod. h. tit. (6. 37.) Mühlenbruch: die Lehre v. d. Cession d. Forderungsrechte. §. 37. S. 402 ff.

46) L. 143. Dig. de verb. signif. (50. 16.) L. 15. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

Last der Vertheidigung bloß deßhalb frei sein, weil der Gläubiger nicht ohne Weiteres, so wie es ihm einfiel, auf ihn förmlich übertrug, sondern sie erst versprach, und dann, in Folge gerichtlichen Zwanges, cedirte? Keineswegs. Auf den Anfang des Geschäftes muß gesehen werden. So beurtheilt ist es auf beiden Seiten ein freiwilliges; denn man kann von keiner wahren Nothwendigkeit sprechen, welche durch Willkür der Kontrahenten entsteht. Dagegen aber muß man behaupten, der Prokurator müsse nicht vertheidigen, wenn das der Cession der Klage vorhergehende freiwillige Geschäft von der Art ist, daß es nicht unmittelbar die Cession, sondern etwas Anderes, aus welchem aber die Cession folgt, zum Zwecke hat, z. B. wenn nach dem Verkaufe der Erbschaft der Käufer als procurator in rem suam klagt. Bei dem Verkaufe lag es hier weder in der Absicht des Verkäufers, noch des Käufers, daß eine Klage durch einen Prokurator angestellt werden solle; vielmehr war nur beabsichtigt, daß der Verkäufer von der Erbschaft abstehe, und der Käufer sie übernehme; ein solches Geschäft wollte auch der Prätor, bloß aus dem Grunde einer dem Erbschaftsgläubiger zustehenden Klage, nicht hindern, sondern er wollte nur die Uebertragung der Klage selbst hindern, wenn nicht zugleich die Klage des Schuldners angenommen würde. Man kann also mit Recht sagen, eine so entstandene Cession der Klage müsse man für eine nothwendige halten, und dem Prokurator sei die Vertheidigung erlassen. Ein einziger Fall ist aber ausgenommen. Die Last der Vertheidigung wird dem Prokurator aufgebürdet, wenn der Erbschaftsverkauf oder ein ähnliches Geschäft in der Absicht geschlossen wurde, um diejenigen, welche entgegen klagen wollen, zu hintergehen oder zu benachtheiligen. Dieß ist es, was Ulpian in der L. 33. §. 5. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) lehrt: „Si quis in rem suam procurator interveniat: adhuc erit dicendum, debere eum defendere: nisi forte ex necessitate fuerit factus;“ und Gajus in der L. 34. ibid: „Si quis in rem suam procuratorio nomine

agit, veluti emptor hereditatis, an debeat invicem debitorem defendere? et placet, si bona fide, et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium, non oportere eum[47]) invicem defendere.“ Die im letzten Gesetze verpönte böse Absicht kann übrigens nicht vermuthet werden[48]), daß sie aber vorhanden sei, ist immer anzunehmen, wenn das Hauptgeschäft, (wie der Erbschaftsverkauf) nicht um seinetwillen, sondern bloß der Klage wegen, um diese auf einen Andern, ohne die Last der Vertheidigung, zu übertragen, und um auf diese Art dem Schuldner den Vortheil der Widerklage zu entziehen, eingegangen, oder, mit andern Worten, wenn die Erbschaftscession eine verschleierte Klagecession ist. Hier läßt sich nicht behaupten, die Klagestellung durch den Prokurator sei der Willensmeinung der Kontrahenten fremd geblieben, da sie dieselbe vielmehr gerade bezweckten, und das Uebrige nur zum Scheine und in fraudem legis beifügten. Daher ist es auffer Zweifel, daß ein solcher procurator in rem suam zur Vertheidigung verbunden ist.

Fassen wir die Fälle zusammen, in welchen die Vertheidigung dem procurator in rem suam nicht obliegt, so ist er davon befreit, wenn die Cession der Klage nicht im Vorsatze der Kontrahenten lag, sondern aus dem Erfolge anderer Geschäfte, gleichsam als accessorium, sich ergibt.

Nur ein Punkt ist, der Vollständigkeit wegen, noch beizufügen: nämlich, daß es keinen Unterschied macht, wenn der Cessionar mit der actio utilis in seinem Namen auftritt. Denn da die actio utilis nur hinsichtlich der Klage-

---

47) „Eum“ bezieht sich hier nicht auf den procurator in rem suam überhaupt, denn alsdann würde das Gesetz dem unmittelbar vorher im Texte angeführten widersprechen, sondern auf den „emptor hereditatis.“

48) Thibaut: System des Pandekten-Rechts. Bd. II. §. 451.

form von der actio directa sich unterscheidet [49]), und durch Beispiele erwiesen ist, daß das prätorische Edikt auch auf Jenen angewendet werden kann, der in seinem Namen klagt [50]); so wird mit Recht behauptet, daß Derjenige, welcher mit der actio utilis auftritt, eben so, wie der Kläger mit der actio directa, die Vertheidigung übernehmen muß, ausgenommen, wenn die Klagecession nothwendig, ohne einen speziell darauf gerichteten Vorsatz der Kontrahenten, eintritt.

Zur Beleuchtung unserer Ansicht ist die Vergleichung unseres Ediktes mit einem andern über die alienatio judicii mutandi causa facta [51]) förderlich. Denn in beiden Edikten geht der Prätor darauf aus, daß Niemandens Lage in einem Prozesse, durch eine Veränderung in der Person des Gegners, verschlimmert werde, sei es nun durch Veräusserung der Sache oder durch Aufstellung eines Prokurators. Was nun den ersten Fall angeht, so konnte der Prätor nicht jede Veräusserung, welche den Gegner auf die erwähnte Weise verletzte, verbieten; er verbot also

---

49) Mühlenbruch: die Lehre v. d. Cession d. Forderungsrechte. §. 16. S. 177 ff.

50) L. 39. §. 1. L. 55. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 11. Dig. de alienat. jud. mut. c. f. (4. 7.) L. 5. Cod. quando fisc. v. priv. (4. 15.) L. 9. Cod. de hered. v. act. vend. (4. 39.) L. 18. Cod. de legatis. (6. 37.) Auch bei der actio utilis entnimmt der Cessionar die Geschichtserzählung und Intention der Klage aus der Person des Cedenten, und ist also dessen Prokurator.

51) L. 1. pr. Dig. de alienat. jud. mut. c. f. (4. 7.) Gajus lib. 4. ad edict. provinc: „Omnibus modis proconsul id agit, ne cujus deterior causa fiat ex alieno facto. Et cum intelligeret judiciorum exitum interdum duriorem nobis constitui, opposito nobis alio adversario, in eam quoque rem prospexit: ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse.“

diejenige, welche mit dem Vorsatze der Verletzung vorgenommen wird. Obgleich das Edikt in der L. 1. pr. Dig. de alienat. jud. mut. c. f. (4. 7.) nur die Veräusserung von Sachen umfaßt, so wurde es doch durch verschiedene spätere Verordnungen auf die Veräusserung von Obligationen erweitert [52]). Abgesehen von dem Vorsatze, das judicium zu ändern, konnte weder die Veräusserung der Sache, noch ein anderes, eine solche Aenderung mit sich führendes, Geschäft (wie die Bestellung eines Prokurators) untersagt werden; aber dieß läßt sich rechtmäßig verlangen, daß der Eine durch Aufstellung eines Prokurators für seine Klage dem Andern das Klagerecht nicht verkümmere, indem darin schon eine Intrique (dolus) läge, und daß der Prokurator zurückgewiesen werde, wenn er nicht mit der Klage auch die Vertheidigung auf sich nehmen will. Es braucht also hier die böse Absicht, das judicium zu ändern, nicht Statt zu finden, weil schon die Thatsache der Bestellung des Prokurators arglistig ist, der Gegner behält sein Klagerecht. Das Edikt paßt, diesem seinem Grunde zufolge, selbst dann, wenn der Prokurator unter Cession des Nutzens der Klage und der Obligation, d. h. in rem suam bestellt wurde, und es wird bewirkt, daß die Hilfe, welche bei der böslichen Veräusserung einer Sache den durch die Veränderung der Person des Gegners Verletzten mittels Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geleistet wird, auch auf die Veräusserung einer Obligation sich erstreckt, wenn der Beklagte durch Vereitelung der Gelegenheit zu einer Widerklage verletzt ist, indem dem nunmehrigen (nominellen) neuen Gläubiger (dem Prokurator) die Verbindlichkeit zur Vertheidigung auferlegt wird.

§. 20.

Die aktive uud passive Legitimation zur Widerklage modifizirt sich auch auf eine verschiedene Weise durch Ver-

---

52) Mühlenbruch: die Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte. §§. 29. 30. S. 349 ff.

einigung mehrerer Menschen in einer Partei, je nachdem eine kollektive Person oder eine Streitgenossenschaft vorhanden ist.

Wenn eine kollektive Person (corpus, universitas) als solche beklagt ist, und einem in ihr einbegriffenen Individuum eine Klage gegen den Hauptkläger zusteht, so fragt es sich, ob es in diesem Prozesse widerklagen könne? Da das erwähnte Individuum, unserer Voraussetzung nach, zur kollektiven Person gehört, und also mitbeklagt ist, so scheint ihm eine Widerklage zuzustehen. Allein dieses ist doch nicht der Fall. Eine kollektive Person ist keine bloße Streitgenossenschaft. Dieß ergibt sich schon auffallend genug dadurch, daß eine Streitgenossenschaft aus mehreren kollektiven Personen bestehen kann. Das Ganze kann doch nicht mit dem einzelnen Theile identisch sein! Handelt es sich um das Recht oder um die Verbindlichkeit einer kollektiven Person, so muß sie in der Gesammtheit auftreten; wegen einer Gemeindesache z. B. ist nicht der einzelne Bürger, sondern nur die Gemeinde, legitimirt, vor Gericht zu handeln; auch abgesehen von einem Prozesse macht die kollektive Person eine Einheit und ein Ganzes aus [1]); sie ist etwas Anderes, als eine Konkurrenz der Individuen, aus welchen sie besteht; die Persönlichkeit der Einzelnen ist so sehr erloschen, daß sie nur als Glieder und Substrate des Ganzen erscheinen, und für sich nicht disponiren können [2]); die Individualitäten ändern sich durch Geburt und Tod, Zuwachs und Abgang, ohne daß eine juristische Veränderung an der universitas selbst vorgeht. Alles wird nach Stimmenmehrheit bemessen [3]),

---

1) Thibaut: System d. Pandekten-Rechts. Bd. I. §. 130. Roßhirt im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. X. Nr. XIII. S. 313 ff.

2) L. 6. §. 1. Dig. de divis. rer. (1. 8.) L. 7. §. 1. Dig. quod cujusc. univ. nom. (3. 4.) L. 1. §§. 6. 7. Dig. de quaestion. (48. 18.)

3) L. 19. pr. Dig. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) L. 19. Dig. ad municip. (50. 1.) L. 160. §. 1. Dig. de reg.

und das Schicksal Aller kann nur ein einziges sein. Bei einem Prozesse gegen die universitas ist also das Individuum als solches nicht beklagt, sondern nur als Theil der Masse, die beklagte Partei ist die ganze kollektive Person in ihrer Integrität; folglich kann auch das Individuum nicht individuell widerklagen, sondern eine Widerklage steht nur der Gesammtheit wegen eines ihr kollektiv gebührenden Anspruches zu [4]). Abgesondert, vor den Richtern ihrer Gegner, können allerdings auch die Einzelnen Klagen anstellen, die wir aber nicht als Widerklagen anerkennen (§. 2.). Eben so wenn eine kollektive Person klagt, kann sie nur im Ganzen widerbeklagt werden; gegen die Individuen können Forderungen nur in eigenen, durch individuelle Richtung charakterisirten Prozessen geltend gemacht werden [5]).

Bei der Streitgenossenschaft ist Alles ganz anders. Die Gesammtheit ist nicht nothwendig Partei; jeder Einzelne kann auch allein klagen, und beklagt werden. Nebstdem können zwar die Individuen in allerlei genossenschaftlichen Verhältnissen stehen, aber Streitgenossen, wie schon das Wort anzeigt, sind sie bloß vermöge ihres gemeinsamen Streites, mit diesem entsteht und erlöscht diese ihre Verbindung. Im Prozesse selbst bleiben sie in vieler Hinsicht noch getrennte und selbständige Subjekte; Jeder Einzelne kann seinen eigenen Anwalt gebrauchen [6]), für seinen An-

---

jur. (50. 17.) LL. 2. 3. Cod. de praed. decurion. (10. 33.) L. 5. Cod. de legation. (10. 63.)

4) Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Bd. II. Hauptblatt v. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 137.

5) Vgl. dagegen Müller promptuar. jur. (contin. Beyer) vol. VI. voce reconventio. n. 31.

6) L. 31. §. 1. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) Donelli comment. lib. XVIII. cap. 15. §. 4. seq. J. H. Boehmer jus ecclesiast. protest. lib. I. tit. 38. §. 19.

theil besondere Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend machen [7]), sich vergleichen [8]), aus dem Prozesse abtreten [9]), Stimmenmehrheit gilt nicht [10]), es ist möglich, daß je für die Einzelnen das Urtheil verschieden ausfällt [11]), und Jeder zahlt nur für sich [12]). Bei der Streitgenossenschaft gilt also Jeder individuell als Beklagter oder Kläger, und kann individuell widerklagen oder widerbeklagt werden [13]). Noch ist aber zu untersuchen, ob Jemand, der

---

7) L. 2. Cod. si unus ex plur. appell. (7. 68.)

8) L. 7. §. 7. Dig. de pactis. (2. 14.) Mevii decis. part. VIII. dec. 328.

9) Arg. §. 4. Inst. de societ. (3. 26.) L. 65. §§. 3—7. Dig. pro socio. (17. 2.)

10) L. 28. Dig. comm. divid. (10. 3.) L. 10. pr. Dig. de aqua et aq. pluv. arc. (39. 3.) Struben: rechtliche Bedenken. Th. V. Bed. 30.

11) L. 1. Cod. si plures una sent. (7. 55.) Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 55. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 109. Gesterding: Ausbeute v. Nachforsch. Th. II. Nr. X. S. 376.

12) L. 10. §. 3. Dig. de appellat. (49. 1.) LL. 1. 2. Cod. si plures una sent. (7. 55.) Vgl. noch üb. d. Ganze Martin im Magazin f. d. gem. teutschen bürg. Proz. herausgeg. v. Martin u. Walch. Bd. I. Nr. I. S. 1 ff. Nr. VI. S. 170 ff. Nr. VIII. S. 346 ff.

13) Voet comment. ad Pandect. lib. V. tit. 1. §§. 78. 82. A. M. Martin a. a. O. Nr. VI. S. 204. Dieser Schriftsteller beruft sich darauf, daß mit den Streitgenossen nur ein einziger Rechtsstreit geführt werde, und daß nicht so viele Prozesse, als Streitgenossen vorhanden seien, verhandelt würden, daß daher eine Widerklage unzulässig sei, wenn sie entweder nicht alle klagenden Streitgenossen trifft, oder nicht von allen beklagten Streitgenossen erhoben ist. Ohne einen gemeinsamen Rechtsstreit ist freilich eine Streitgenossenschaft nicht denkbar; bei jeder Streitgenossenschaft wird also ein solcher Streit geführt; aber daraus folgt nicht, daß mit diesem auch individuelle

mit einem Beklagten einen gemeinschaftlichen Anspruch hat, gegen den seinen Theilhaber bekämpfenden Kläger als Mitwiderkläger auftreten könne, ungeachtet er selbst nicht beklagt ist. Einige Beispiele werden den Sinn der Frage aufklären. A. ist von B. beklagt worden, und hat mit dem C. an den Kläger B. eine Forderung von 1,000 Fl., oder er hat in Gemeinschaft mit dem C. von B. ein erkauftes, noch nicht übergebenes Pferd zu fordern. Hier haben also A. und C. gegen B. ein Klagerecht, dessen Gegenstand in dem ersten Beispiele eine theilbare, in dem zweiten eine untheilbare Sache ist. Können sie nun gemeinschaftlich gegen B. vor dem Richter, wo A. allein beklagt ist, beide widerklagen? Da die Gesetze nur dem Beklagten die Widerklage freistellen, so scheint es, daß dem C. die Widerklage zu versagen sei, er mag sie allein oder gemeinschaft-

---

Ansprüche nicht aufkommen können. Einzelne Streitgenossen können ja für sich besondere Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend machen (Note 7.) Auch wenn Individuen streiten, ist ein einziger Rechtsstreit vorhanden. Es ist aber der Widerklage eigenthümlich, daß sie in einen anhängigen Rechtshandel einen zweiten einmischt, und daß nun zwei oder mehrere Rechtskollisionen in ein einziges prozessualisches Verfahren verschlungen werden. Diese Eigenthümlichkeit wird von der Streitgenossenschaft nicht verlöscht. Die Formation der Streitgenossenschaft auf Seite der Kläger ist ferner freiwillig und an die Zustimmung des Beklagten nicht gebunden. Wenn nun der Beklagte von seinen Gegnern Einzelne hätte widerbeklagen können, soferne sie alle einzeln und getrennt geklagt hätten; so muß ihm dieß Recht auch zustehen, wenn sie in Verbindung geklagt haben, da Niemand durch einseitiges Benehmen die Lage des Andern verschlimmern darf (§. 17. Note 7), und ausserdem leicht die Streitgenossenschaft als Mittel gebraucht werden könnte, um gewisse individuelle Widerklagen zu verhindern. Allerdings kann bei der Streitgenossenschaft eine Widerklage abgewiesen werden, wenn sie den Prozeß auffallend stört; aber dann geschieht es wegen dieser Wirkung, nicht aus Grundsätzen der Streitgenossenschaft. Vgl. oben §. 12. Nr. VI.

lich mit dem A. anstellen wollen. Fischer [14]) gibt indessen dem C. das Recht, gemeinschaftlich widerzuklagen, weil der Gegenstand konnex ist, ja er legt ihm sogar die Verbindlichkeit auf, dem A. sich anzuschließen, wenn dieser eine Widerklage erhoben hat. Wir wollen zuerst den Fall der theilbaren Sache behandeln. Aus dem Begriffe der Theilbarkeit geht hervor, daß jeder Theilhaber seinen Theil absondern, und besonders verfolgen kann; denn wäre dieses nicht möglich, so müßte die Sache nothwendig untheilbar sein. Bei ihr ist also der Zusammenhang nicht so innig, daß die Theile nicht füglich getrennt werden könnten; einer kann ganz wohl ohne die andern verhandelt und entschieden werden; und es ist sohin der strenge Begriff der Konnexität, wie ihn die Rechtslehrer stellen [15]), gar nicht gegeben. Die Forderung ist eigentlich im Ganzen gar nicht gemeinschaftlich, da Jeder die Forderung des von ihm vorgeschossenen Theiles für sich hat; es sind also hier zwei, in eine Schuldurkunde geworfene, und summirte Forderungen, und zwei Gläubiger gegeben; und wenn man auch in den Rechtssystemen von einer communio pro diviso spricht, so wird doch dieselbe für eine Gemeinschaft nicht mehr angesehen [16]). Fischer selbst hält es für möglich und zulässig, daß A. sowohl als C. für sich allein auf seinen Theil eine abgesonderte Hauptklage anstelle, und damit räumt er auch ein, daß A. für sich widerklage, und C. seinen Antheil mit einer gewöhnlichen Klage verfolge. Keiner

---

14) In d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Bd. II. Hauptblatt v. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 139. Vgl. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 80.

15) Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 27. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 94.

16) Thibaut: System d. Pandekten-Rechts. Bd. I. §. 126. Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. I. §. 159.

ist von dem Andern abhängig [17]); aus welchem Grunde soll denn also hier eine besondere Ausnahme von den Grundsätzen über die Widerklage gerechtfertigt werden? Nebstdem gibt es eben so wenig einen Zwang zum Widerklagen, wie zum Klagen, und es geht daher nicht an, daß man dem C., ohne spezielle Gesetze, die Verbindlichkeit auflegt, sich mit dem Widerkläger als Partei zu vereinigen. Durch welche Mittel wollte man ihm denn zu Leibe gehen, wenn er nicht widerklagen möchte? Wollte man ihm den Verlust seines Klagerechtes überhaupt androhen? Hat A. widergeklagt, so kann deßhalb C. weder verbunden sein, noch gezwungen werden, ein Gleiches zu thun. Fischer schweigt hierüber, und die Gesetze schweigen auch, der Richter aber kann nicht so, wie es ihm beliebt, durchgreifen. Die österreichischen Gesetze, welche vielleicht Fischer im Sinne hatte, gehen uns hier nichts an, das gemeine Recht läßt keinen Zwang zu. Aber C. muß nicht nur nicht widerklagen, er darf dieses nicht einmal. Der Hauptkläger ist immer nur verbunden, Denjenigen als Widerkläger anzuerkennen, den er selbst beklagt hat. Man lese nur die Gesetze: L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.): „Cujus in agendo observat arbitrium," u. s. w. (§. 15. Note 3.) In Bezug auf den C. ist keine Hauptklage erhoben, er kann also nicht widerklagen; seine Klage könnte gar keine Widerklage sein, weil sie keiner Hauptklage entspräche; nirgends findet sich in den Gesetzen eine Stelle, welche Fischer's Ansicht im Geringsten unterstützt, so wie auch aus dem Geiste der Widerklage für seine Meinung nichts folgt. — Was den Fall einer untheilbaren Sache (des Pferdes) angeht, so liegt hier eine wahre Gemeinschaft (communio pro indiviso) vor, wobei es nur ideelle Theile gibt. In einer solchen Gemeinschaft kann der Eine thun, was zur Erhaltung des Gegenstandes, auf

---

17) L. 9. pr. Dig. de liberali causa. (40. 12.) L. 74. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

welchen sich das Recht bezieht, dienlich oder sonst überhaupt zweckmäßig ist, und er kann jede einseitige Handlung, die dem Mittheilhaber unschädlich ist, auf seine Gefahr und Kosten vornehmen[18]). Setzen wir nun, daß die Uebergabe des Pferdes dem Zwecke der Gesellschaft entspricht, so ist A. für sich allein zur Widerklage auf das ganze Pferd berechtigt, und es ist sohin ganz unnöthig, von den Grundsätzen der Widerklage abzugehen, und dem C., welcher nicht Mitbeklagter ist, die Erlaubniß zu geben, oder gar die Verbindlichkeit aufzulegen, ebenfalls mitzuklagen. Ferner ist bei untheilbaren Gegenständen, nach bestimmten Gesetzen[19]), der Einzelne befugt, auf das Ganze zu klagen, wenn er nur in gewissen Fällen eine hinreichende Sicherheit bestellt, ohne verbunden zu sein, sich mit den übrigen Theilhabern zu vereinigen. Dieser Rechtssatz ist sehr natürlich, indem der Einzelne bloß seinen Antheil da, wo nichts zu theilen ist, nicht verfolgen kann; mithin müßte er, wenn nur eine vereinigte Rechtsverfolgung aller Theilhaber zulässig wäre, unter dem Eigensinne und der Nachlässigkeit seiner Genossen unschuldig leiden; er könnte nicht klagen, wenn diese nicht mitklagen wollten; und es ist doch viel billiger, daß er das Ganze erlange, als daß es der fremde Besitzer, welcher daran kein Recht hat, und durch Verjährung vielleicht alle Theilhaber auszuschließen im Stande ist, behalte[20]). Auch hiernach ist es also unnöthig,

---

18) L. 13. §. 1. Dig. de servit. praed. urb. (8. 2.) L. 36. §. 1. Dig. depositi. (16. 3.) L. 52. §. 10. Dig. pro socio. (17. 2.) L. 4. Cod. de aedif. privat. (8. 10.) Leyser meditat. ad Paud. spec. 115. cap. 3. Thibaut: System d. Pandekten-Rechts. Bd. I. §. 128. Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. I. §. 159.

19) L. 4. §. 3. L. 6. §. 4. Dig. si servit. vind. (8. 5.) L. 10. Dig. de pignor. et hypoth. (20. 1.) L. 1. §. 1. Dig. de Salv. edict. (43. 33.) L. 1. Cod. si unus ex plur. herod. (8. 32.)

20) Martin im Magazin f. d. gem. teutschen bürg. Proz. heraus-

dem C. eine Widerklage zu gestatten. Wollte man übrigens annehmen, A. könne nur in Verbindung mit C. das Pferd fordern, so folgt auch hieraus nicht, daß C. als Widerkläger auftreten könne; vielmehr wird in folgender Art geschlossen werden müssen: der Beklagte kann nur seine Gegenforderungen widerklagend verfolgen; hier aber ist C. nicht beklagt, der Gegenstand gehört dem beklagten A. nicht allein, sondern noch einem Dritten, und Theilung ist unmöglich; das Pferd kann also mit einer Widerklage gar nicht gefordert werden, sondern A. muß die Sache gemeinschaftlich mit C. mittels einer gewöhnlichen Klage austragen. Aus dem Standpunkte der Streitgenossenschaft steht also dem C. keine Widerklage zu, erscheint er aber als Auctor, Intervenient, Denunziat, oder Adcitat, so sind die vorgetragenen Grundsätze anzuwenden (§. 17.). Endlich ist nun leicht einzusehen, daß nur allein der Hauptkläger wegen einer untheilbaren Sache widerbeklagt werden kann, und daß der nicht geklagt habende Theilhaber der Widerklage nicht unterliegt, indem jeder einzelne Theilhaber für das Ganze haftet [21]), und also kein rechtliches Bedürfniß vorhanden ist, dem Beklagten, gegen die allgemeine Regel, zu erlauben, einen Nichtkläger widerzubeklagen.

§. 21.

Wenn der Hauptbeklagte gestorben, und es noch Zeit ist, gegen den Hauptkläger eine Widerklage zu erheben, so fragt es sich: ob der erklärte Erbe oder der aufgestellte Erbschafts-Kurator widerklagen könne? Vor der Erklärung und Antretung durch den Erben wird die Erbschaft (hereditas jacens) als noch im Besitze des

---

geg. v. Martin u. Walch. Bd. I. Nr. I. S. 42 f. Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 57.

21) L. 55. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 4. §. 4. Dig. si servit. vindic. (8. 5.) L. 11. §. 21. Dig. de legatis 3. (32.) L. 2. §. 2. Dig. de stipulat. praet. (46. 5.)

Erblassers befindlich angesehen, und stellt dessen Person vor [1]); sobald aber die Erbschaft angenommen ist, wird die Person des Erblassers von dem Erben repräsentirt, und mit diesem identisch [2]); der Erbe tritt in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers ein, welche nicht höchst persönlich sind. Hieraus folgt, daß der Erbe oder Verlassenschafts-Kurator in dem angegebenen Falle einer Widerklage sich bedienen könne, weil das Recht widerzuklagen durch die Gesetze für kein höchst persönliches, mit dem Tode des Erblassers erlöschendes erklärt wird, und der Erbe, wegen der fingirten Personeneinheit mit dem Erblasser, eben so als Beklagter anzusehen ist, wie vorher der Erblasser. Einige Analogie hierfür läßt sich auch daher entnehmen, daß der Erbe überhaupt den Gerichtsstand des Erblassers hat [3]). In den geeigneten Fällen muß auch eine Reassumtion des Prozesses Statt finden [4]). Daß das mit der Widerklage zu verfolgende Recht kein höchst persönliches sein dürfe, versteht sich nach dem Obigen von selbst. Obgleich nun aber diese Grundsätze richtig sind, so kann unsere Frage doch nur mit behutsamer Beschränkung bejaht werden. Der Erbschafts-Kurator, als solcher, hat ausschließlich Erbschaftsforderungen einzuklagen, und da fingirt wird, daß der Verstorbene die Erbschaft bis zur Antretung derselben besitze, so kann der Kurator (das einstweilige Organ der Erbschaft) auch nur solche Widerklagen anbringen, die der Erblasser selbst hätte anbringen können (reconventiones ex jure defuncti).

---

1) §. 2. Inst. de hered. instit. (2. 14.) Pr. Inst. de stipulat. servor. (3. 18.) L. 31. §. 1. Dig. de hered. instit. (28. 5.) L. 34. Dig. de adquir. rer. dom. (41. 1.) LL. 22. 40. Dig. de usurp. et usucap. (41. 3.) L. 24. Dig. de novat. (46. 2.) L. 138. pr. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

2) L. 1. §§. 4. 6. Dig. de injur. (47. 10.) Nov. 48. pr.

3) L. 19. pr. L. 34. Dig. de judiciis. (5. 1.)

4) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 231.

Der Erbe kann vermöge seines Erbrechtes gegen den Hauptkläger verschiedene Forderungen erlangen; er kann deren als Prälegate oder Geschenke auf den Todesfall bekommen; er kann klagbare Ansprüche ohnehin schon vorher gehabt haben. Unter den möglichen mehreren Forderungen des Erben muß nun, nach der Ansicht Fischer's [5], ein Unterschied gemacht werden, wenn es sich darum handelt, ob er sie durch eine Widerklage in einem gegen den Erblasser anhängig gemachten Prozesse verfolgen könne. Der Erbe stellt nur in Rücksicht der Erbschaft den Erblasser vor, er kann nur widerklagen in den Fällen, in welchen der Erblasser selbst hätte widerklagen können, er setzt dessen Widerklagerecht fort, die Forderung muß der Erbschaft selbst zustehen (also ebenfalls reconventiones ex jure defuncti). Hat daher der Erbe die Forderung nicht als Erbe, oder Universal-Nachfolger, sondern als Prälegatar oder Geschenknehmer auf den Todesfall erhalten, ist sie nicht schon dem Erblasser selbst zugestanden, oder rührt sie gar nicht aus dem Nachlasse desselben her, sondern gehört sie zu dem sonstigen Vermögen des Erben, so will Fischer die Widerklage nicht zulassen. Mit Recht sind aber Andere [6] der entgegengesetzten Ansicht. Denn sobald die Erbschaft erworben ist, bildet sie mit dem ursprünglichen Vermögen des Erben ein kontinuirliches Ganzes und eine einzige Masse, und die Person des Erblassers ist in die Person des Erben aufgegangen; man kann also jetzt keine Unterschiede des Vermögens und der Person mehr geltend machen, diese sind vielmehr alle verwischt und verwachsen [7], und der Erbe klagt nicht in des Erb-

---

5) In d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Bd. II. Hauptblatt v. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 135 ff.

6) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 14. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 82.

7) L. 10. §. 2. Dig. de vulg. et pupill. substit. (28. 6.)

lassers, sondern im eigenen Namen und Recht, welches letztere zwar ehemals dem Verstorbenen zustand, nun aber auf den Erben übergegangen, und sein eigenes geworden ist. Aus diesen Gründen muß man von Seite des Erben auch jene Widerklagen zulassen, die nicht aus der Erbschaft hervorgehen, und dem Erblasser nicht zukamen, sondern aus des Erben Vermögen und Person allein herrühren [s]). Bei dem Erbschafts-Kurator treten diese Verhältnisse nicht ein. Auf gleiche Weise ist die Frage zu entscheiden: ob die genannten Personen mit einer Widerklage belangt werden können?

§. 22.

Mit Unrecht würde man dem Provokanten die Befugniß bestreiten, der Hauptklage, welche der Provokat in Folge der Provokation gegen ihn angestellt hat, eine Widerklage entgegenzusetzen [1]). Denn die Provokation ist kein Delikt, sondern eine gesetzliche und rechtmäßige Handlung, die, wenn sie einmal zugelassen, und als wohl begründet entschieden ist, noch insbesondere die Anerkennung des Richters für sich hat [2]), und hat der Provokat geklagt, so ist er ein Kläger, wie jeder andere, ohne daß ihm die

---

8) Bei Müller (promptuar. jur. — contin. Beyer — voce reconventio. n. 29.) wird irrig das entgegengesetzte Extrem von Fischer's Meinung aufgestellt: „Reconventio super debito non valet, si reconventus quidem debitoris heres, ast non proprio nomine in reconventione egerit."

1) Daß im judicium provocatorium, wo es sich erst um die Rechtmäßigkeit der Provokation handelt, eine Widerklage nicht zulässig sei, ist leicht ersichtlich, weil hier die Parteien noch nicht als Kläger und Beklagter erscheinen (§. 16. Note 2). Wir sprechen nunmehr von dem Falle, wenn das judicium provocatorium zu Gunsten des Provokanten erledigt ist, und der Provokat geklagt hat. Vgl. Mevii decis. part. IX. dec. 104. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 4. §. 13.

2) L. 151. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

Veranlassung zur Klage eine besondere Befreiung ertheilt. Es läßt sich also kein hinreichender Grund denken, warum der beklagte Provokant schlimmer daran sein sollte, als ein anderer Beklagter, oder warum die Lage des klagenden Provokaten besser sein sollte, als die eines nicht provozirten Klägers, besonders wenn er diffamirt hat. Daß er provozirt wurde, ist ja seine eigene Schuld, die ihm nicht zum Vortheile und dem Andern nicht zum Nachtheile gereichen darf [3]). Niemanden steht es zu, mit seinen Ansprüchen öffentlich zu renommiren, und dadurch seinen Schuldner in Verlegenheit zu setzen. Ausserdem wäre es leicht, das Gesetz zu verhöhnen, und unbequeme Widerklagen zu beseitigen; man hätte nur nöthig zu diffamiren, und den Gegner zu einer Provokation zu drängen; dann würde man seine Klage erheben können, ohne eine Widerklage besorgen zu müssen.

§. 23.

Da nur der Hauptbeklagte allein gegen den Hauptkläger widerklagen kann (§. 15.), so ist es schon deßwegen nicht statthaft, daß der Hauptkläger der Widerklage seines Gegners später (in der Replik) ebenfalls eine Widerklage entgegensetze, und der bekannte, schon von den Glossatoren [1]) behauptete, Grundsatz: reconventio reconventionis non datur, stellt sich dadurch als begründet dar [2]). Die Parteirollen der Widerklage wür-

---

3) L. 39. Dig. de negot. gest. (3. 5.) LL. 74. 155. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 22. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

1) Glossa ad Authent. Et consequenter. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.): „Item quid si reconventus nunc vult iterum reconvenire primum conventum de alio, quam primo, vel quam rescriptum diceret? Videtur quod non possit, cum aliud sit convenire, et aliud reconvenire: sicut aliud deferre juramentum, et aliud referre.“

2) Die allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten v. 1793. Th. I. Tit. 19. §. 14. gibt dem Kläger das Recht wi-

den dadurch an die unrechten Personen kommen. Zwar ist der Hauptkläger auch zugleich ein Beklagter (Widerbeklagter) und der Hauptbeklagte ein Kläger (Widerkläger), und diesem steht die Parömie zur Seite: reus excipiendo fit actor [3]); allein dieß stößt unsere Ansicht nicht um. Nur der Hauptbeklagte, als solcher, hat das Recht der Widerklage, und nur der Hauptkläger, als solcher, unterliegt derselben; der Widerbeklagte, als solcher, hat ein anderes Recht, wie der Widerkläger, als solcher, nicht die nämliche Verbindlichkeit, was die Glosse (Note 1) durch die Worte bezeichnet: cum aliud sit convenire, et aliud reconvenire.“ Daß der Beklagte durch das Vorschützen von Einreden nur in ein analoges, aber nicht gleiches Verhältniß mit dem Kläger trete, haben wir ohnehin schon gezeigt (§. 7. Nr. IV.). Es fehlt indessen auch nicht an weiteren Rechtfertigungsgründen. — Wenn der Kläger mehrere Klagen anzubringen hat, so gestatten ihm die Gesetze, sie sogleich bei der ersten Beschreitung des Rechtswegs zu häufen, und zwar unter einer ähnlichen Begünstigung, wie wir bei der Widerklage im Verhältnisse zur Hauptklage eine finden (§. 35.). — Die Klagen brauchen unter einander nicht konnex zu sein [4]). Hat nun der Kläger unterlassen, die eine oder andere, ihm wirklich oder vermeintlich zustehende, Klage recht-

---

derzuklagen; allein sie kennt unsere Widerklage nicht; diese ist bei ihr eine getrennte Klage, und zudem weicht sie in den Prinzipien von dem gemeinen Rechte ab (§. 12. Note).

3) L. 19. pr. Dig. de probat. (22. 3.) L. 1. pr. Dig. de except. (44. 1.)

4) L. 11. pr. Dig. de jurisdict. (2. 1.) L. 25. §. 3. Dig. famil. ercisc. (10. 2.) L. 52. §. 14. Dig. pro socio. (17. 2.) L. 6. Dig. de except. rei jud. (44. 2.) Cap. 2. 6. X. de causa possess. et propr. (2. 12.) Cap. 3. de rescript. in VI. (1. 3.) Müller in d. Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß. Bd. I. Nr. XIV. S. 308 ff. Linde a. a. O. Nr. XV. S. 316 ff.

zeitig zu häufen, so muß sie für jetzt, wegen der verflossenen rechten Zeit, unterbleiben; es ist anzunehmen, daß er auf Einführung derselben in den von ihm anhängig gemachten Prozeß stillschweigend verzichtet habe, und da man den Verzicht nicht ohne Weiteres zurücknehmen kann, so darf er eine solche Klage nicht mehr später durch eine Hinterthüre wieder einschwärzen, d. h. sie nicht im Gewande einer Widerklage nachtragen, sondern, wenn er jene geltend machen will, so muß er einen neuen Prozeß anfangen.

Dieß ist die gemeine [5]), indessen doch nicht ganz unbestrittene [6]) Lehre. Neuerdings hat Linde [7]) sich dagegen erhoben, lediglich deßwegen, weil die Gesetze nicht bestimmt gebieten, daß die Klagenhäufung nur im ersten Klaglibelle Statt finden könne, und weil man demnach auch später noch häufen dürfe, was auch die bessere (?) Praxis gestatte. Uns konnte Linde nicht überzeugen. Wenn auch die Gesetze über diesen einzelnen Punkt bei der Klagenhäufung schweigen, so ist deßwegen der erwähnte Spielraum noch nicht gegeben; der Jurist muß vielmehr gerade deßwegen an die allgemeinen Grundsätze, an die Natur der Sache, und an die Idee eines wohlgeordneten Prozeßganges, wo Alles seine Stelle und seine Zeit hat, appelliren. Das unsern ganzen Prozeß durchdringende Eventualprinzip ist der Ansicht Linde's offenbar

---

5) Voet comment. ad Pandect. lib. V. tit. 1. §. 89. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 3. Gönner: Handb. d. Proz. Bd. I. Nr. XXV. S. 526. Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Bd. II. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 149 ff. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 78 f. W. H. Puchta: der Dienst der teutschen Justizämter oder Einzelrichter (Erlangen 1829 u. 1830.) Th. II. §. 170. S. 142.

6) Leyser meditat. ad Pand. spec. 113. in f. coroll. 3.

7) In d. Zeitschrift f. Civilrecht u. Proz. Bd. I. Nr. XV. S. 325 f.

entgegen. Linde[8]) sagt selbst, daß vermöge dieses Prinzips jeder der streitenden Theile alle ihm zustehenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche in dem Streite benutzt werden sollen, auf ein Mal mit einander selbst dann vorbringen müsse, wenn gleich von denselben nur eventueller Gebrauch mit Nutzen gemacht werden könne, und er findet in dieser Regel eine wesentliche und höchst vorzügliche Grundform des teutschen gemeinen Civilverfahrens. Wie paßt es nun hierzu, wenn Linde dem Kläger gestattet, das Angriffsmittel einer zweiten Klage der ersten noch später nachzusenden, weil eine solche Verfahrungsweise Diesem vielleicht vortheilhafter vorkömmt? Linde[9]) gibt ferner zu, daß das Schweigen der Gesetze nicht entscheiden könne, und doch leitet er daraus eine völlige Ungebundenheit des Klägers her. Er verwechselt überdieß den, eine Gleichzeitigkeit (ein Anbringen auf ein Mal) mit sich führenden[10]), Begriff der Häufung mehrerer Klagen mit dem Nachschieben einer Klage. Wollte man dem Irrthume dieses geachteten Gelehrten folgen, so würden die Prozesse unsäglich verwirrt und

---

8) Lehrb. d. Civilproz. §. 144.

9) In d. Zeitschrift f. Civilrecht u. Proz. a. a. O. Note 1.

10) Schneidt jurisprudentia forensis, (Wirceburgi 1805.) tom. II. §. 1805: „Si plures actiones in uno libello simul proponuntur, adest cumulatio actionum.“ Schmidt: praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, mit einigen Zusätzen und Berichtungen von Weber, herausgeg. v. Martin, (8. Ausg. Jena 1823.) §. 104. Bei der sogenannten successiven Klagenhäufung werden die Klagen auch auf ein Mal vorgebracht, aber successiv verhandelt, weßhalb der Ausdruck ungeschickt ist. Werden aber mehrere Klagen nach einander in verschiedenen Vorträgen angestellt, so ist dieß eine Menge von Klagen (cumulus actionum), aber keine Häufung. Deltze: Anleitung zur gerichtlichen Praxis. (Jena 1782.) Glück: Erläut. d. Pand. Th. IV. Abth. I. §. 284. e. Schmidt a. a. O. §. 105. W. H. Puchta: d. Dienst d. teutschen Justizämter oder Einzelrichter. Th. II. §. 146.

verzögert werden. Denn die nachgeschobene Klage kann doch die erste Klage nicht mehr erreichen; sie hinkt ihr also, mit der durch sie veranlaßten Vernehmlassung, Replik und Duplik nach, und setzt an den Prozeß einen Schweif an, der um so länger wird, je später sie erhoben ist. Wir müßten sogar annehmen, daß der nachgeschobenen Klage noch eine weitere, etwa in der Triplik, oder überhaupt noch vor dem Aktenschlusse, nachgeschoben werden dürfe; denn auch hierüber beobachten die Gesetze Stillschweigen. Und um ganz gerecht zu sein, müßte man auch noch dem Hauptbeklagten das Recht geben, ein Da Capo zu spielen, und der Widerklage des Gegners selbst wieder eine fernere Widerklage (reconventio contra reconventionem reconventionis) folgen zu lassen, weil auch er, nach einer konsequenten Durchführung der Lehre Linde's, nicht als verbunden erachtet werden könnte, mehrere Widerklagen gerade bei der Vernehmlassung zu häufen. So würde also der Prozeß ein Knäul und ein mit Lärm erfüllter Tummelplatz von Wider- und Widerwiderklagen werden, und Linde [11]) will ja doch auch die Klagenhäufung nur so weit gestatten, als keine Verwirrung dadurch entsteht. Wird doch auch keine reprobatio reprobationis [12]) zugelassen, 1) weil sonst das Beweisen und Gegenbeweisen, dem Zwecke alles gerichtlichen Verfahrens zuwider, in das Unendliche gehen würden, 2) weil die Parteien da, wo sie über den nämlichen Beweissatz bereits ihre Beweismittel beibrachten, oder beibringen sollten, hinlänglich vertheidigt sind, oder sein könnten, 3) weil der Beweisführer seinen Platz verrücken,

---

11) Lehrb. d. Civilproz. §. 193.

12) Der sogenannte indirekte Gegenbeweis gilt uns nicht als Gegenbeweis, sondern als selbständiger Beweis von Einreden. Gönner: Handb. d. Proz. Bd. II. Nr. XLII. S. 346 f. Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VI. Nr. XVII. S. 354 f.

und sich zum Gegenbeweisführer machen würde [13]), und 4) nach Reinhardt [14]), weil der Gegenbeweis gegen den Gegenbeweis offenbar Beweis wäre, d. h. weiterer oder neuer (Additional-) Beweis. Bei der reconventio reconventionis verhält es sich analog; 1) das Klagen und Widerklagen könnten, wenn nicht gleich in das Unendliche, doch gewiß in das Unbestimmbare fortgetrieben werden, und der Prozeß würde dann eine Reihe successiv an einander gedrängter, das Eventualprinzip höhnender, Klagen vorstellen. Der Zweck des Institutes der Widerklage würde verfehlt werden, und in eine Plage und Erschwerung des Verfahrens ausschlagen (§. 37. Nr. I.). 2) Der Kläger kann im Anfange alle Klagen häufen; er hat hier Gelegenheit, alle seine Trutzwaffen vorzustrecken; es ist kein haltbarer Grund gegeben, ihm diese Gelegenheit durch den ganzen Prozeß zu erweitern, und er darf nicht besser gehalten sein, als der Beklagte, welcher seine Einreden alle auf ein Mal in der Vernehmlassung vorschützen muß. Auch kann der Kläger den Gegenstand seiner versäumten Widerklage durch eine gewöhnliche Klage verfolgen, und erleidet also durch den Ausschluß keinen materiellen, unheilbaren Nachtheil. 3) Der Kläger würde durch eine reconventio reconventionis eine Rolle annehmen, die nur seinem Gegner zusteht, und 4) die reconventio reconventionis ist eben so eine Additionalklage, als die reprobatio reprobationis ein Additionalbeweis. Was nun aber endlich die sogannte bessere Praxis angeht, auf welche Linde sich beruft, so muß gerade die Güte der Praxis aus der Theorie entschieden werden, und da diese die reconventio reconventionis aus guten Gründen verwirft, so erkennen wir in der entgegengesetzten Verfahrungsart eine schlechte Praxis, mit welcher überhaupt die Widerklage häufig heimgesucht ist.

---

13) Gönner a. a. O. Bd. II. Nr. XLI. S. 342 ff. Linde: Abhandl. aus dem Civilprozesse. Bd. I. Nr. I. S. 71 ff.

14) Handb. d. Proz. Th. I. §. 211.

Ausnahmsweise lassen die Praktiker eine reconventio reconventionis zu, wenn sie mit der Widerklage konnex ist [15]), d. h. wenn sie aus dem nämlichen Geschäfte entspringt, und sich demnach zur Widerklage wie eine actio contraria verhält. Der Grund soll darin liegen, daß der Beklagte, wenn er einmal ein Geschäft zum Gegenstande der Widerklage macht, sich gefallen lassen muß (?), oder durch sein Vorbringen einwilligt (?), daß alle Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem Kläger in Bezug auf dieses Geschäft auseinandergesetzt werden [16]). Könnte man dieß auch annehmen, so könnte man die Auseinandersetzung doch nicht über die ordnungsmäßige Form des Prozesses ausdehnen, so daß sie auf jede Weise Statt finden dürfte, und da gerade die reconventio reconventionis jene Form verletzt, so finden wir sie auch im erwähnten Falle der Konnexität verwerflich. Die obige Lehre ist eine bloße Erfindung der Praktiker, und weder in den Gesetzen, noch in der Natur der Sache, noch in dem Geiste des Prozesses gegründet; vielmehr erklären sich alle diese Auctoritäten gegen die reconventio reconventionis. Das Geschäft der Widerklage, so weit es der Beklagte in den Streit gezogen hat, kann und soll von Seite des Klägers durch Einlassung und Einreden erörtert werden, nicht aber durch eine reconventio reconventionis, da diese etwas Neues, wenn gleich Konnexes involvirt, und über das Bereich der angestellten Widerklage hinausgeht. Linde [17]) läßt sie zu, weil dem Kläger gegen den Angriff des Widerklägers vollständige Vertheidigung gestattet werden müsse, er

---

15) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 3. Gönner: Handb. d. Proz. Bd. I. Nr. XXV. S. 526 f. Spangenberg in d. Zeitschrift f. Civilrecht u. Prozeß. Bd. VI. Nr. VI. S. 253.

16) L. 12. Cod. de judiciis. (3. 1.): — „Apud unum judicem omne moveatur causae negotium.“

17) In d. Zeitschrift f. Civilrecht u. Proz. Bd. I. Nr. XV. S. 319 f.

hat aber nicht bedacht, daß man sich nicht durch Klagen vertheidigt, indem diese immer Angriffe sind, und eine Verurtheilung des Gegners bezwecken [18]). Hat z. B. der Beklagte eine Widerklage auf 3,000 Fl. aus einem Handlungsgeschäfte erhoben, und der Kläger hat noch einen Posten von 5,000 Fl. aus dem nämlichen Geschäfte zu fordern, so darf er, auf dem Standpunkte der Vertheidigung, nicht eine reconventio reconventionis auf 5,000 Fl. stellen, denn dadurch würde er Angreifer werden, sondern er darf nur, wenn man eine Theilung zuläßt, aus diesem Posten die Einrede der Kompensation bis zum Betrage von 3,000 Fl. bilden, und muß den Ueberschuß zu 2,000 Fl. besonders ausklagen, was er sich ausdrücklich vorbehalten kann [19]). Hätte er aber den ganzen Posten auf ein Mal vor Gericht ziehen wollen, so hätte er früher auf das Ganze klagen, und den Gegner zur Kompensation veranlassen können; auch steht es ihm jetzt noch frei, seine Einrede zu unterlassen, um die künftige Klage auf 5,000 Fl. zu stellen; daß er seine Forderung etwa spaltete, ist immer seine eigene Schuld. Endlich steht auch nicht der Grundsatz im Wege, daß man konnexe Sachen nicht leicht trennen soll [20]), denn eines Theils wird er von dem stärkeren Eventualprinzip im Schach gehalten, andern Theils wollen die Gesetze nur, daß bei konnexen Sachen der nämliche Richter entscheiden solle, was auch geschehen kann, wenn sie in getrennten Klagen und verschiedenen Prozessen verhandelt sind.

---

18) Deutlich ist die Widerklage als Angriff (impugnatio) von den Vertheidigungsmitteln in Cap. 5. X. de except. (2. 25.) ausgeschieden: „Ceterum non sic in reconventione sentimus, ne quod in defensionis remedium sustinetur, ad impugnationis materiam extendatur.“ Vgl. §. 9. Nr. VI.

19) Vgl. Gaji comment. lib. IV. §. 56. noch L. 10. Cod. de judiciis (3. 1.) Vgl. §. 7. Nr. I. Note 15. §. 38. Note 9.

20) Tit. Dig. ex quib. caus. ad eund. jud. eatur. (11. 2.) L. 13. Dig. de tutel. et rat. distrah. (27. 3.) L. 8. §§. 1. 2. Dig. de liberali causa. (40. 12.)

Selbst in einigen Fällen, in welchen scheinbar eine reconventio reconventionis zuläßig ist, verschwindet der Schein bei näherer Nachforschung, und wir finden, daß wir eine Klage für eine reconventio reconventionis gehalten haben, welche eine solche nicht ist. — Der erste Fall ist vorhanden, wenn der Hauptkläger bei Anstellung seiner Klage eine andere Klage nicht häufen konnte, weil diese z. B. noch nicht geboren war, und wenn er, nachdem er bereits widerbeklagt worden ist, in den vorigen Stand wiedereingesetzt wird, und nun die erwähnte Klage erhebt. Obgleich er sie hier erst auf die Widerklage des Gegners folgen läßt, so ist sie dennoch keine reconventio reconventionis. Denn durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand werden rechtlich die alten Verhältnisse erneuert, und der Zeitablauf wird kassirt, der Wiedereingesetzte erhält die Erlaubniß, die versäumte Handlung nachzutragen. Nun aber ist unter Annahme der alten Verhältnisse, (des Zeitpunktes der ersten Klagestellung) ehe der Beklagte geantwortet und widergeklagt hat, eine reconventio reconventionis unmöglich, und der Kläger hat auch eine solche nicht versäumt, seine spätere Klage ist also nur eine nachträglich gehäufte Klage. Noch schwerer ist die irrige Ansicht bei dem Erben zu vermeiden. Wenn z. B. der Widerbeklagte gestorben ist, und der Erbe stellt eine Klage aus eigenem, nicht ererbtem Rechte (§. 21.), so könnte man diese leicht als reconventio reconventionis ansehen, jedoch würde man dabei, wie wir glauben, auf dem unrechten Wege sein. Denn nimmt man an, daß dem Erben keine Versäumniß zur Last falle, und für ihn res integra (offene Frist) vorhanden sei, so ist auch hier seine Klage keine reconventio reconventionis, weil diese einen Ablauf der Frist zur Klagenhäufung voraussetzen würde. Hält man sich streng an die Personeneinheit des Erblassers und des Erben, so muß dieser auch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen, und es tritt ganz die oben erörterte Sachenlage ein. Meistens wird jedoch eine solche Klage wegen zu befürchtender Verwirrung

des Prozesses zur besondern Austragung verwiesen werden können. — Der zweite Fall, wo ein Hauptkläger A., nach Anstellung der gegnerischen Widerklage, noch eine Widerklage anstellen kann, tritt scheinbar dann ein, wenn er seine erste vorgebrachte Hauptklage aufgegeben, oder sonst wieder verloren hat. Die Widerklage des Gegners B. steht dann allein und primär da, und ist eine einfache Klage geworden; B. selbst ist weder Widerkläger, noch ist er mehr ein Hauptbeklagter, sondern Hauptkläger; der vorherige Widerbeklagte aber ist nicht mehr Hauptkläger, sondern Hauptbeklagter, und erlangt mit dieser Rolle auch das accessorische Recht zur Widerklage. Wenn er eine solche anstellt, so ist sie in dem veränderten Prozesse nunmehr die erste, und korrespondirt einer Hauptklage, sie ist folglich keine reconventio reconventionis. Nur darf sie nicht die verlorne Hauptklage wiederholen (Wiederklage, actio repetita — §. 1. Note 1), sondern muß von dieser verschieden sein, da es nicht angeht, eine für diesen Prozeß zu Verlust gegangene Klage in der Form einer Widerklage zu erneuern, und so einen Verzicht oder die Lossprechung des Gegners zu vernichten. Der ehemalige Widerkläger kann sich durch eine solche Widerklage mit Grund gar nicht beschwert finden; denn er ist nun bei seinem eigenen Gerichtsstande beklagt, und würde der Andere eine gesonderte Klage anstellen, so müßte sie ebenfalls bei diesem Richter angenommen werden [21]).

Der Grundsatz: reconventio reconventionis non datur, ist also eine allgemeine, über die Angriffe der Rechtslehrer und Praktiker und über die scheinbaren Ausnahmen erhabene Regel.

---

21) Spangenberg in d. Zeitschrift f. Civilrecht u. Proz. Bd. VI. Nr. VI. S. 252 ff.

Zweiter Titel.
Von dem Richter.

§. 24.

Nicht nur hinsichtlich der Parteien findet bei der Haupt- und Widerklage Identität Statt (§. 15.), sondern auch hinsichtlich des Richters oder des Gerichtsstandes (idem judex v. idem forum [1]). Demnach sind dabei alle drei Hauptpersonen des Prozesses (Kläger, Beklagter, und Richter) die gleichen. Die Identität des Richters wird in den Gesetzen als ein Haupterforderniß aufgeführt oder doch berücksichtigt. Ueber die Bedeutung der darauf bezogenen Stellen, besonders aus den Pandekten [2]), sind die Rechtslehrer keineswegs einig. Wir haben schon früher (§. 7.) verschiedene Auslegungsarten aufgeführt. Für gewiß muß man indessen annehmen, daß nach dem Kodex [3]) und späteren römischen Quellen [4]), so wie nach dem kanonischen [5])

---

1) Wie das idem judicium sich unterscheide, ist oben (§. 4. Note 11) gezeigt worden.

2) L. 11. Dig. de jurisdict. (2. 1.) Vgl. oben §. 7. Nr. I. L. 2. §. 5. L. 22. Dig. de judiciis. (5. 1.) §. 7. Nr. VI. IX. L. 1. §. 15. Dig. de extraord. cognit. (50. 13.) §. 7. Nr. VIII.

3) L. 6. Cod. de compens. (4. 31.) §. 7. Nr. X. L. 1. Cod. rer. amot. (5. 21.) §. 7. Nr. XI. L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) §. 7. Nr. IV. L. 5. pr. Cod. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) §. 8.

4) Nov. 96. cap. 2. Oben §. 8. Auth. Et consequenter. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) §. 8.

5) Tit. X. de mutuis petit. (2. 4.) §. 9. Nr. II. IV. Cap. 2. X. de ordine cognit. (2. 10.) §. 9. Nr. V. Cap. 10. X. de fide instrum. (2. 22.) §. 9. Nr. IX. Cap. 3. de rescript. in VI. (1. 3.) §. 9. Nr. XI. Vgl. Lancelotti institut. jur. canon. lib. III. tit. 9. §. 1.

und teutschen [6]) Rechte die Identität des Richters verordnet und angenommen sei, und sie ist sogar so wesentlich, daß sie nicht bloß als eine gewöhnliche Wirkung der Widerklage angesehen werden darf, sondern, als ihren Begriff konstituirend, in die Definition derselben gehört (§. 2.). Denn der Hauptbeklagte kann nur allein bei dem Richter der Hauptklage eine Widerklage anbringen; sobald er sich mit seiner Klage an einen andern Richter wendet, ist sie, nach den Grundsätzen des gemeinen teutschen Civilprozesses [7]), keine Widerklage, weil sie isolirt dasteht (§. 2.). Ist nun aber der Hauptkläger bei dem Richter seiner Klage widerbeklagt, so wird Letzterer über den Widerbeklagten kompetent, wenn er es nicht schon ursprünglich sein sollte (§. 2. Note 6.), und sofort der Gerichtsstand der Widerklage (forum reconventionis) begründet. Dieser Gerichtsstand ist für den Hauptkläger in der Art ein nothwendiger, daß er sich demselben, von dem Zeitpunkte der ausdrücklichen oder fingirten Beantwortung der Hauptklage an, ohne besondere Gründe nicht mehr entziehen kann. Ein Gerichtsstand der Widerklage könnte nicht angenommen werden, wenn der Richter der Hauptklage die Widerklage bloß unter der Voraussetzung behandeln dürfte, daß der Widerbeklagte einwilligt, oder ohnehin unter ihm steht; denn alsdann wäre entweder ein prorogirter oder gewöhnlicher Gerichtsstand (des Wohnortes) gegeben (§. 2. Note 6.). Merkwürdig ist es, daß der bekannte Grundsatz: actor sequitur forum rei [8]), sich dabei in den entgegengesetzten verkehrt:

---

6) Sachsenspiegel. Buch I. Art. 60. §. 3. Buch. III. Art. 79. — Oben §. 10. Nr. II. V. Schwabenspiegel. Art. 89. — §. 10. Nr. VI. Kam. Ger. Ord. v. 1508. — §. 11. Nr. I. Kam. Ger. Ord. v. 1555. Th. III. Tit. 30. — §. 11. Nr. II. Reichsabsch. v. 1654. §. 46. — §. 11. Nr. IV.

7) Ueber die römischen Grundsätze der älteren Zeit vgl. §. 5. Nr. I.

8) Fragm. Vatic. §. 326. L. 3. pr. Dig. de alienat. jud. mut. c. f. (4. 7.) L. 2. Cod. de jurisdict. (3. 13.) L. 3. Cod. ubi in rem actio. (3. 19.)

reus sequitur forum actoris [9]). Denn der Hauptbeklagte ist bei seinem eigenen Richter belangt; wird er nun mittels seiner Widerklage selbst Kläger, so zieht er den widerbeklagten Gegner (reum) vor seinen (des Widerklägers, actoris) Gerichtsstand. Der Gerichtsstand der Widerklage ist ferner ein besonderer persönlicher, weil er, ohne die dingliche Inkompetenz aufzuheben (§. 27.), an die Stelle des allgemeinen Gerichtsstandes des Wohnortes tritt, und die Kompetenz über die Person des widerbeklagten Klägers begründet. Er steht sofort mit dem allgemeinen Gerichtsstande als besonderer und mit den dinglichen als persönlicher im logischen Gegensatze. Privilegirt ist er übrigens nicht, weil er nicht gewissen Individuen oder einer gewissen Klasse von Personen, sondern regelmäßig allen Widerbeklagten gegeben ist, und eben so wenig ist er ausserordentlich, weil er in seiner normalen Wirkung keine höhere Instanz, mit völliger Uebergehung der ersten, sofort von sich aus zur Kompetenz erhebt. Endlich ist der Gerichtsstand der Widerklage ein accessorischer, weil auf Seite des Hauptbeklagten, als Accessorium der auf die Hauptklage erfolgten Antwort, ein Recht erwächst, den Gegner bei dem von ihm implorirten Richter in Anspruch zu nehmen, weil ferner der Gerichtsstand des widerbeklagten Hauptklägers durch den Gerichtsstand einer andern Person, des widerklagenden Hauptbeklagten, eben so konstituirt wird, wie bei den Ehefrauen und andern Subjekten, welchen man einen accessorischen Gerichtsstand beilegt, und schlüßlich weil der erhobenen Hauptklage die Verbindlichkeit, den Richter über dieselbe auch über die Widerklage anzu-

---

9) Dieß ist auch bei den mitleidswürdigen Personen der Fall, wenn sie klagen, **L. un. Cod. quando imper. inter pupill. et vid. (3. 14.) Donelli comment. lib. XVII. cap. 20. §. 1.** Den Umstand, daß der Beklagte dem Gerichtsstande des Klägers folgt, nennen die Kaiser Diocletian und Maximinian ausdrücklich „juris ordinem converti.“ **L. 2. Cod. de jurisdict. omn. jud. (3. 13.)**

erkennen, acceſſoriſch inhärirt. Ungeachtet der erwähnten Nothwendigkeit, gerade nur bei dem durch die Hauptklage angegangenen Richter widerklagen zu können, iſt indeſſen dem Hauptbeklagten, wenn er eine Widerklage bezweckt, das Recht verliehen, jenen Richter, wenn er gegen deſſen Perſon gegründete Einwendungen hat, oder ſeinen Verdacht beſchwört [10]), binnen zwanzig Tagen nach Einreichung der Klage, wo die Litiskonteſtation abgegeben werden ſoll, abzulehnen, und einen andern zu erbitten [11]). Der Einrede der Inkompetenz kann er ſich aber nicht bedienen [12]), und

---

10) So muß wenigſtens bei uns im praktiſchen Leben der in der Nov. 96 cap. 2. vorkommende Satz: „si (judex) forte displicuerit," verſtanden werden. Bloß aus Eigenſinn und Laune (car tel est notre plaisir) darf der Richter nicht verbeten werden. Arg. L. 6. §. 4. Cod. de postul. (2. 6.) L. 18. Cod. de judiciis. (3. 1.) Cap. 27. 39. X. de off. et potest. jud. deleg. (1. 29.) Cap. 5. X. de dolo et contum. (2. 14.) Cap. 41. 61. X. de appell. (2. 28.) J. H. Boehmer jus ecclesiast. protest. lib. I. tit. 29. §. 22. lib. II. tit. 2. §. 71. Gesterding im Archiv f. d. civiliſt. Praxis. Bd. VI. Nr. XIII. S. 238 ff. u. deſſen Ausbeute v. Nachforſchungen. Th. I. Nr. IV. S. 85 ff. Heiſe u. Cropp: juriſt. Abhandl. Bd. II. Nr. II. S. 48. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 81. Hugolini dissens. DD. §§. 114—117, bei Haenel dissens. DD. pag. 344 seqq. Nach der Prozeß-Ordnung f. d. Großherz. Baden v. 1831. §. 71. findet der Perhorreſzenzeid gar nicht mehr Statt.

11) LL 12. 16. Cod. de judiciis. (3. 1.) L. un. Cod. ne liceat in una eademq. causa. (7. 70.) Nov. 53. cap. 3. Cap. 25. X. de off. et potest. jud. deleg. (1. 29.) Cap. 4. X. de except. (2. 25.) Gesterding im Archiv f. d. civiliſt. Praxis, a. a. O. S. 249. u. deſſen Ausbeute v. Nachforſchungen a. a. O. S. 107. Die zwanzig Tage ſind bei uns eine Antiquität, die Ablehnung muß lediglich vor der Antwort auf die Hauptklage Statt finden, und nach der von dem Richter hierzu vorgeſetzten Friſt, welche unter oder über zwanzig Tagen, je nach Beſchaffenheit der Sache, ſein kann, bemeſſen werden.

12) Voet comment. ad Pandect. lib. V. tit. 1. §. 78.

auch die Widerklagsache von der Hauptklagsache nicht trennen, vielmehr währt die Identität des Richters selbst dann fort, wenn der Hauptbeklagte sich seines Ablehnungsrechtes wirksam bedient, denn der neue Richter bringt mit der Widerklage auch die Hauptklage an sich, und hat beide zu behandeln [13]). Auch hier stoßen wir wieder auf eine sonderbare Umkehrung der Dinge. Während nämlich, wie wir kürzlich gehört haben, in der Regel die Widerklage von der Hauptklage an einen gewissen Richter gezogen wird, zieht hier die Widerklage die Hauptklage vor den neuen Richter, und während der Widerbeklagte gewöhnlich einen bereits von ihm implorirten (gewählten) Richter erhält, bringt ihm der Widerkläger einen durch diesen Letzteren erbetenen Richter zu, bei dessen Erwählung der Widerbeklagte gar keinen Einfluß hat [14]) — (§. 8. Nr. 3.) — Die weitere Folge der Ablehnung modifizirt sich übrigens speziell je nach der Organisation der Gerichte. Ist nämlich ein Einzelrichter verbeten, so muß, im Falle des begründeten Gesuches, natürlich ein in seiner Totalität neuer Richter aufgestellt werden; bei Kollegien aber — wenn nicht ein Kollegium in Masse verbeten, und also ebenfalls eine Totalerneuerung nöthig ist, werden an der Stelle der verbetenen Mitglieder andere des nämlichen Kollegiums mit Behandlung der Klagen beauftragt, und nur jene haben sich alles Instruirens, Referirens und Votirens zu enthalten [15]).

§. 25.

Die Gründe für den Gerichtsstand der Widerklage sind, wie für die Widerklage selbst (§. 3.), nicht Aus-

---

13) Nov. 96. cap. 2. Auth. Et consequenter. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.)

14) L. 47. Dig. de judiciis. (5. 1.)

15) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 82. Prozeß-Ord. f. d. Großherz. Baden v. 1831. §§. 75. 76.

flüsse des strengen Rechtes. Niemand soll, wenn er beklagt wird, seinem ordentlichen Richter entzogen werden. Hat nun der Beklagte wider seinen Gegner vorher selbst geklagt, so ist dieß kein Rechtsgrund, um über Jenen einen inkompetenten Richter als kompetent zu erklären. Denn die erste Klage (hervorgerufen durch die angeblich unterlassene Erfüllung des Schuldners) ist keine schuldhafte Handlung des Klägers, wegen welcher man ihm in einer gegen ihn erhobenen Klage den Verlust seines ordentlichen Gerichtsstandes rechtlich zuwenden könnte [1]), und der Schuldner erlangt mittelbar dadurch, daß er sich einer Verbindlichkeit entzog, und es auf eine Klage ankommen ließ, also gewiß nicht durch einen strengen Rechtstitel, für sich den Vortheil einer bequemeren Rechtsverfolgung. Ueberdieß wird durch die Idee einer ordnungsmäßigen Justiz gefordert, daß in dem nämlichen Streite jede Partei nur eine einzige Rolle übernehme, und jede Klage einen ausschließenden, von dem Klagewesen des Beklagten rein gehaltenen, Prozeß habe. Der Gerichtsstand der Widerklage beruht nur auf der Billigkeit. Man huldigte der Meinung, daß ein billig denkender Hauptkläger sich nicht beschweren könne, wenn er denjenigen Richter, welchen er wegen seiner Forderung für sich gegen den Beklagten in Anspruch genommen, und mit welchem er sofort zu thun hat, auch wegen einer Forderung des Beklagten gegen sich anerkennen müsse. Im römischen Rechte ist dieses Motiv durch die Schlußworte der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) ausgedrückt: „Cujus in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem non dedignetur," deren Paraphrase wir oben §. 7. Nr. IV. in folgender Art gegeben haben: Dispositionis hujus rationem in eo ponimus, ut cujus actor arbitrium (sententiam) observat in agendo, eum et habere reconventus idem contra se judicem non dedignetur. — Wenn wir diesen Ausspruch

---

1) LL. 55. 63. 151. 155. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

Papinian zurechnen, so kann man das observare als ein Anerkennen in Folge eigener freier Wahl des Richters verstehen, und muß es auf den alten ordo judiciorum beziehen, unter dessen Herrschaft der Kläger um Aufstellung eines von ihm bezeichneten Richters bitten konnte [2]). Es wäre sohin gesagt: wenn Jemand für sich einen Richter selbsteigen gewählt habe, so sei dieß ein gewisses Zeichen, daß er zu diesem Richter Vertrauen habe, und eben so für seine, als des Gegners Forderung ein gerechtes Urtheil erwarten könne, er müsse ihn also auch gegen sich, wenn er widerbeklagt werde, anerkennen. Allein wir haben bewiesen (§. 7. Nr. IV.), daß die fragliche Stelle von Justinian herrühre, und folglich aus einer Zeit stamme, wo der alte ordo judiciorum bereits gesunken war, und, wie dermals bei uns, die Richter, an welche sich der Kläger zu wenden hatte, als ständige Staatsbeamte im Voraus durch die Justiz-Organisation bezeichnet waren (§. 4. Note 21). Das kanonische Recht vernichtet vollends die Wahl der Parteien, indem es in cap. 12. de reg. jur. in VI. (5. 13.) sagt: „In judiciis non est acceptio personarum habenda.“ Demnach mögte es inkonsequent scheinen, zu sagen: dieser Richter ist dir gut genug für dich gewesen, du mußt ihn also auch wider dich anerkennen. Wer einer rechtlichen Auflage gehorcht, ist außer aller Schuld und Zurechnung [3]), und wer einen Richter in Folge nothwendiger Einrichtungen implorirt, hat ihn nicht erwählt. Sehr oft würde der Kläger einen andern Richter vorgezogen haben, wenn er hätte wählen dürfen; er mußte aber den A. oder B. angehen, weil er die Bedingungen der Perhorreszenz nicht für sich hatte, und selbst wenn ihm die Perhorreszenz gelingt, erlangt er noch kein Wahlrecht, son-

---

2) Cicero pro Cluentio, cap. 43. Bethmann-Hollweg: Handb. d. Civilproz. Abth. I. Bd. I. §. 1. S. 2.

3) L. 167. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Donelli comment. lib. XVII. cap. 18. §. 9. Fabri conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 8. u. 11 seqq.

dern er muß gewärtigen, welchen Richter die Oberbehörde statt des perhorreszirten aufstellt [4]). Nebstdem ist die oben angegebene Bedeutung von observare nicht ganz sprachrichtig. Denn es wird mit Recht behauptet, daß dieses Wort die Achtung ausdrücke, welche die Unterthanen den Staatsbehörden schuldig sind [5]), und daß, wie wir eben sagten, das Angehen des Richters durch den Kläger mehr ein Akt der Nothwendigkeit, als der freien Wahl sei. Struyck [6]) — oder vielmehr Richter (§. 13. Nr. V.) — glaubt, observare bedeute hier so viel, als approbare oder dafürhalten, daß der Richter nicht verdächtig sei, indem es dem dedignari entgegengesetzt werde. In Erwägung des Gesagten läßt sich das gesetzliche Motiv für den Gerichtsstand der Widerklage eben sowohl aus geschichtlichen als sprachlichen Gründen nicht in jener freien Erwählung des Richters durch den Kläger finden, wie sie zu den Zeiten Papinian's Statt hatte; aber doch auch in einer zum Theil (quasi) freiwilligen Unterwerfung, die noch jetzt angenommen werden muß. Denn obgleich nach der Einrichtung unseres Justizwesens die Richter im Voraus für alle Parteien vom Staate angeordnet sind, so ist doch der Kläger nicht absolut an sie gebunden, sondern er kann perhorresziren, und da die Perhorreszenz sehr erleichtert ist (§. 24. Note 10), so legt er durch ihre Unterlassung an den Tag, daß er gegen den kompetenten Richter nichts Erhebliches vorzubringen wisse, und er hat sofort, da es auf grundlose Antipathien nicht ankommen kann, seine Zufriedenheit mit demselben erklärt und bethätigt. Konkurriren vollends verschiedene Gerichte elektiv, wie z. B. die des Wohnortes und Kontraktes [7]), so hat der

---

4) Prozeß-Ordnung f. d. Großherz. Baden v. 1831. §§. 29. 75.

5) Vgl. L. 23. Cod. de appell. et consult. (7. 62) „Observare judicium.“ Für obedire steht es in L. 3. Cod. fin. regund. (3. 39.) Cicero pro Murena, cap. 34: „Observari et coli.“

6) Dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 1. §. 6.

7) Donelli comment. lib. XVII. cap. 19. §. 3.

Kläger auch jetzt noch unter diesen ein eigentliches Wahlrecht [8]). Gestützt hierauf mögen wir nicht mit Kori [9]) behaupten, daß die Schlußworte der L. 14. Cod. nicht mehr passen; sollte dieses aber auch der Fall sein; so ist dennoch der Gerichtsstand der Widerklage nicht aufgehoben, weil die Regel: cessante ratione legis cessat lex ipsa, falsch ist [10]), und weil noch eine Analogie einen Grund darbietet. Abgesehen hier von der Begünstigung des Beklagten und der Verminderung und Vereinfachung der Prozesse, welches Alles unter den Motiven aufgeführt werden könnte, scheint es nämlich nicht ungeeignet zu sein, als Analogon der Gemeinschaft der Beweismittel eine Gemeinschaft des Richters zu fingiren. Die Beweismittel werden durch die Produktion in der Art gemeinschaftlich, daß der Produzent dieselben auch gegen sich gelten und benützen lassen muß [11]). Entsprechend läßt sich annehmen, daß der Kläger den Richter, nachdem er ihn mit seiner Klage implorirt, und ihn dem Beklagten gleichsam vorgeführt (produzirt) hat, auch gegen sich anerkennen, und hinsichtlich der Widerklage als kompetent annehmen muß [12]).

---

8) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 104.

9) Ueb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 7. Note 23. S. 100.

10) Voet comment. ad Pandect. lib. I. tit. 3. Thibaut: Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts (2. Ausg. Altona. 1806.) §. 12. Dessen System d. Pandekten-Rechts. Bd. I. §. 52.

11) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 251.

12) Donellus (comment. lib. XVII. cap. 18. §. 11 seq.) erklärt den Gerichtsstand der Widerklage ebenfalls aus der Billigkeit, stützt sich aber irrig dabei immer auf die Kompensation. Er erklärt die Widerklage als eine Art der Kompensation mit dem Zwecke auf Lossprechung des Widerklägers, nebenbei auch auf Verurtheilung des Gegners, als einen Theil der Vertheidigung, wie er sich sonderbar ausdrückt, „sine agendi defensio“ (oben §. 13. Nr. III.). Konsequent folgert er also, daß vor dem Richter der Hauptklage auch die Wider-

Irrig wird der Gerichtsstand der Widerklage aus der Prorogation abgeleitet, und ein gesetzlich prorogirter (forum prorogatum legale) genannt [13]). Denn das Charakteristische aller Prorogation liegt in der beiderseitigen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Uebereinkunft und freiwilligen Unterwerfung beider Parteien unter einen subjektiv inkompetenten öffentlichen Civilrichter in Bezug auf einen bestimmten bürgerlichen Rechtsstreit [14]). Eine nothwendige oder gesetzliche Prorogation

---

klage zugelassen werden müsse, denn da, wo Jemand angegriffen werde, stehe ihm auch die vollständige Vertheidigung zu. Die Widerklage, als Vertheidigung, ist ihm ein Theil vom judicium der Hauptklage, und da das judicium in allen seinen Theilen bei dem nämlichen Richter erledigt werden muß (abgesehen von der Devolution zu höhern Instanzen), so ressortirt an ihn auch die Widerklage. Darum nennt er auch (lib. XVII. cap. 19. §. 4.) den Gerichtsstand der Widerklage ein forum judicii coepti. Die Folgerungen sind bei Donellus ganz richtig; mit den Vordersätzen stimmen wir aber nicht überein. Die Widerklage ist uns immer ein reiner Angriff, gerichtet auf die Verurtheilung des Gegners; so weit man kompensiren kann, ist sie gar nicht zulässig; sie findet erst Statt, wo die Kompension aufhört, oder wenn diese unmöglich ist, und sie hat daher auch bei nicht kompensirbaren Ansprüchen Anwendung (§§. 3. 38.)

13) Schaumburg principia praxeos jurid. judic. lib. I. sect. 2. cap. 4. §. 1. Wernher lectiss. commentat. ad Dig. lib. I. tit. 1. §. 23. Wernher observ. forens. tom. I. part. IV. cap. 1. n. 7. Biener systema process. tom. II. §. 311. Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 204. Gensler: vollständiger Kommentar in fortlaufenden Diktaten zu Martin's Lehrbuch des Prozesses, herausgeg. v. Guyet. (Heidelberg. 1825.) §. 51. Nr. 1. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 76. Wagner in den Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Erbstaaten, herausgeg. v. Pratobevera (Wien. 1815 ff.) Bd. IV. Nr. IV. S. 240. 249 ff.

14) L. 15. Dig. de jurisdict. (2. 1.) L. 1. Dig. de judiciis. (5. 1.) Cap. 1. X. de foro compet. (2. 2.) Martin:

gation gibt es nicht, sie ist, wie die gezwungene Freiwilligkeit, eine sogenannte contradictio in adjecto. Auch sträubt sich dagegen die Bemerkung, daß gerade deßwegen, weil das Gesetz einen einzelnen Fall einem andern als dem gewöhnlichen Richter zuweist, derselbe für diesen Fall schon nicht mehr inkompetent sei, und die Person oder Sache unter ihm stehe, daß sonach die Begriffsbestimmung der gesetzlichen Prorogation durchaus keinen Sinn habe. Denn wie das Gesetz einen ungewöhnlichen Richter bestimmt, so ist es falsch, daß es ein inkompetentes Gericht eingesetzt habe, da das Gericht gerade wegen der gesetzlichen Zuweisung bereits kompetent ist [15]). Bei der Widerklage kömmt es bloß auf den einseitigen Willen des Hauptbeklagten an, ob er seinen Anspruch mittels einer Widerklage bei dem Richter der Hauptklage anbringen, oder mittels einer Klage bei dem ordentlichen Richter des Gegners anbringen will, und wenn er die Widerklage wählt, so hat das Gesetz den Gerichtsstand bestimmt, gleichgiltig ist es dabei, ob der Hauptkläger und auch der Hauptbeklagte, wenn er nicht perhorresziren kann, mit dem Richter zufrieden seien. Dem widerbeklagten Hauptkläger ergeht es hier, wie jedem andern Beklagten; sofern er nämlich den Anspruch seines Gegners nicht gewähren, und dadurch jeden Grund zu einer Widerklage nicht aufheben will, findet gegen ihn ein hypothetischer Zwang Statt,

---

Lehrb. d. Proz. §. 60. Note e. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 101. Der Zwang eines Erben durch den Erblasser, vor einem prorogirten Richter Recht nehmen zu müssen, steht hiermit nicht im Widerspruche, sondern ist in der Eigenthümlichkeit der Erbverhältnisse begründet, und eigentlich gar nicht vorhanden, weil der Erblasser eingewilligt haben muß, und der Erbe seine Persönlichkeit fortsetzt. Gerade so ist es auch vor Schiedsrichtern. G. L. Boehmer principia juris canonici (Ed. 7. p. Schoenemann. Gotting. 1774.) §. 851. Martin a. a. O. Note d.

15) Wagner a. a. O. S. 254.

vor dem erwähnten Richter die Widerklage aufzunehmen und es ist sogar demselben in der L. 43. §. 4. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) und L. 5. Cod. de procurat. (2. 13.) der Verlust seiner Hauptklage angedroht, wenn er widerstrebt (s. unten). Auch hierin mag es übrigens anfänglich bei den Römern einiger Maßen anders gewesen sein, wegen der gekürten Richter im alten ordo judiciorum (Note 2), und vielleicht auch wegen der weniger beschränkten Ablehnung.

Ob bei dem prorogirten Gerichtsstande auch die Einwilligung des prorogirten und ordentlichen Richters nöthig sei, wird in Beziehung auf das heutige Recht bestritten [16]). Allein einer Bewilligung der Oberbehörde wird der prorogirte Richter, ausser der Einstimmigkeit der Parteien, doch bedürfen, und zwar im allgemeinen Interesse der Rechtspflege, da es unserer geregelten Gerichtsorganisation entgegen ist, daß die Gerichte von fremden Parteien Prozesse annehmen, hinsichtlich welcher sie ursprünglich und amtlich nicht kompetent sind, und, mit Beeinträchtigung der ihnen vom Staate zugewiesenen Obliegenheiten, und zum Nachtheile ihrer nunmehr später an die Reihe kommenden Gerichtsuntergebenen, denselben Zeit und Mühe zuwenden. Der Privatcharakter des alten römischen judex machte einen wichtigen Unterschied; die Richteramts-Funktion war eine gemeine bürgerliche Last, von welcher nur besondere Gründe befreiten, daher wir unter den Richtern Leute verschiedener Bildung und Beschäftigung finden [17]). Diese

---

16) L. 2. §. 1. Dig. de judiciis. (5. 1.) Mevii decis. part. V. dec. 161. Voet comment. ad Pandect. lib. II. tit. 1 §. 15. Glück: Erläut. d. Pandekt. Th. III. §. 203. Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 30. Martin: Lehrb. d. Proz. §. 60. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 101. Die Prozeß-Ordnung f. d. Großherzogth. Baden v. 1831, §. 32. überläßt es dem prorogirten Gerichte, die Annahme zu verweigern.

17) Bethmann-Hollweg: Handb. d. Civilproz. Abth. I. Bd. I. §. 1. S. 14.

Einwilligung der Richter und Oberbehörden bei der Prorogation fällt bei der Widerklage durchaus hinweg; der Richter der Hauptklage ist vielmehr amtlich verbunden, die bei ihm angebrachte Widerklage zu behandeln, und er ist, wenn nicht besondere Umstände in Mitte liegen sollten, durch die Unabhängigkeit innerhalb seiner Sphäre dagegen gesichert, daß ihm die Obergerichte hierin Einspruch thuen, oder erst ihr Plazet zu ertheilen haben.

Der Gerichtsstand der Widerklage verdient demnach nicht den Namen eines gewillkürten (forum prorogatum), dahingegen könnte man bei ihm die Benennung eines erstreckten gelten lassen (forum protractum v. propagatum), weil er von der Hauptklage aus (als dem Ursprunge) abgeleitet, und auf die Widerklage herübergezogen und erweitert wird. Daraus ist zugleich erkennbar, daß der gewillkürte und erstreckte Gerichtsstand nicht identisch sind.

§. 26.

Wie der ganze Gerichtsstand der Widerklage accessorisch ist (§. 24.); so folgt auch auf Seite des Richters die Kompetenz über dieselbe als accessorium der Kompetenz hinsichtlich der Hauptklage, d. h. die Kompetenz eines Richters in Beziehung auf eine Widerklage wird nur dadurch begründet und rechtlich möglich, daß derselbe in der Hauptklage (über den Hauptbeklagten und den Hauptklage-Gegenstand, oder in gewissen Fällen, wie z. B. bei dem Gerichtsstande der gelegenen Sache, doch wenigstens über den Gegenstand allein) kompetent ist, und die Hauptklage vor seinen Richterstuhl zieht. Ohne Rechtshängigkeit der letzteren ist eine Widerklage, schon ihrem Begriffe nach (§. 2.) nicht denkbar (§. 41.), und mit voller Wirkung rechtshängig kann die Hauptklage nur bei dem ursprünglich oder in Folge besonderer eingetretener Konjunkturen kompetenten Richter gemacht werden. Ist unsere Voraussetzung nicht gegeben, so kann der Anspruch, welcher im Falle einer angebrachten Klage zu einer Widerklage sich würde ge-

eignet haben, nur durch eine isolirte und selbständige Klage bei dem Richter des Gegners verfolgt werden, und es ist nur zufällig, wenn dieser der nämliche ist, bei welchem auch die unterlassene Klage hätte angebracht werden müssen. Diese Identität ist z. B. vorhanden, wenn beide Parteien in dem nämlichen Gerichtssprengel wohnen, und folglich den nämlichen ordentlichen Richter haben [1]). Die Kompetenz über die Widerklage modifizirt sich übrigens nach den verschiedenen Arten von Richtern; es ist bisweilen bestritten, bisweilen ausgemacht, daß zwar die Klage, aber doch nicht die Widerklage an einen Richter ressortirt.

I) So z. B. bei dem prorogirten Gerichtsstande. Wenn beide Parteien rücksichtlich der Hauptklage einem subjektiv inkompetenten öffentlichen Civilrichter sich unterwerfen, so ist dieses Prorogation, und der Richter wird durch diesen Akt für die Hauptklage kompetent [2]). Es fragt sich aber: wird dieser Richter auch für die Widerklage kompetent, oder kann der Hauptkläger durch die Einrede der subjektiven Inkompetenz gegen die zugemuthete Einlassung auf die Widerklage sich schützen?

Die letztere Ansicht hat Einiges für sich. — Die Prorogation beruht lediglich auf dem Willen und einer vertragsmäßigen Uebereinkunft der Parteien, dem widerbeklagten Hauptkläger stehen also folgende Sätze günstig zur Seite:

1) Die Prorogation umfaßt bloß die Hauptklage, weiter geht also auch ihre Wirkung nicht, vielmehr muß, wenn irgend ein Zweifel in Mitte liegen sollte, die Auslegung

---

1) Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Bd. II. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 126 ff. Wernher (observ. forens. tom. I. part. IV. obs. 1. n. 147.) überläßt (nach Sachsenrecht) der Partei die Wahl.

2) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 101.

der Prorogation gegen den Eintritt einer weitern Verbindlichkeit [3]) und gegen das Mehrere [4]) gemacht werden.

2) Die Erklärung des Hauptklägers selbst, ob er bei der Prorogation auch an eine Widerklage und deren Uebernahme gedacht habe, ist von großem Gewichte [5]); und da in unserem Falle der Hauptkläger durch die Einrede der Inkompetenz eine negative Erklärung gibt, so muß diese um so mehr angenommen werden, als sie ihm zum Vortheile gereicht [6]).

3) Man kann dem Hauptkläger nicht zum Vorwurfe machen, daß er bei Festsetzung der Prorogation von der Widerklage gänzlich schwieg. Denn er hatte keinen Beruf und kein Interesse, davon zu sprechen, da er dieselbe vermeiden, und den andern Theil gar nicht darauf aufmerksam machen wollte. Dagegen wäre es eigentlich dem Hauptbeklagten zugekommen, der Widerklage, wenn er auf eine solche die Prorogation erstrecken wollte, zu erwähnen, und die Einwilligung seines Gegners einzuholen; da er aber unterlassen hat, seinem Interesse gemäß deutlicher zu sprechen, so muß die Auslegung gegen ihn gemacht werden [7]);

---

3) L. 99. pr. Dig. de verb. oblig. (45. 1.): „Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est.“

4) L. 9. Dig. de reg. jur. (50. 17.): „Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.“ Cap. 30. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

5) L. 219. Dig. de verb. signif. (50. 16.): „In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit.“ L. 96. Dig. de reg. jur. (50. 17.): „In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.“

6) L. 66. Dig. de judiciis (5. 1.): „Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit; id quod utilius ei est, accipiendum est.“

7) J. H. Boehmer exercitat. ad Pandect. tom. II. exerc. XXX.

das Schweigen des andern Theiles aber ist zu des Schweigenden Vortheil auszulegen [8]).

4) Endlich ist in Ansehung der Widerklage der Hauptkläger der beklagte, und folglich im Zweifel zu begünstigende Theil [9]), man kann also nicht annehmen, daß von ihm der Richter auch für die Widerklage prorogirt sei.

Diese Zweifelsgründe werden durch folgende Entscheidungsgründe überwunden:

1) Der prorogirte Gerichtsstand wird vorzugsweise durch die freie Wahl des Hauptklägers begründet, denn dieser ergreift, indem er zuerst mit der Klage hervortritt, die Initiative der Prorogation, welche der Beklagte sekundär annimmt, und der Kläger geht dabei aktiv durch einen Angriff zu Werke, während sein Gegner mehr passiv lediglich die Prorogation über sich ergehen läßt. Da also der Hauptkläger bei der Wahl des prorogirten Richters so Vieles voraus hat, so findet bei ihm das Motiv in der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) seine volle Anwendung: „Cujus in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem — non dedignetur.“ War dem Hauptkläger dieser Richter gut genug, um ihm zu Gefallen von der Gerichtsorganisation abzugehen, und bei ihm auf ausserordentliche Weise den Gegner zu beklagen, so muß der Hauptkläger bei diesem Richter von seinem Gegner sich ebenfalls beklagen lassen, und die Widerklage desselben aushalten. Mit dem Maase, mit welchem er ausgemessen hat, wird ihm wieder eingemessen.

---

8) L. 7. §. 2. Dig. de suppell. leg. (33. 10.): — „Nemo sine voce dixisse existimatur.“ L. 3. Dig. de reb. dub. (34. 5.) „Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.“ Vgl. auch L. 142. Dig. de reg. jur. (50. 17.) u. Cap. 43. 44. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

9) Arg. Cap. 26. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

2) Die Prorogation mag immerhin bloß die Hauptklage umfassen. Dieß thut Nichts zur Sache. Die Gesetze haben allgemein angeordnet, daß der Richter der Hauptklage auch für die Widerklage kompetent werde, sie haben die letzte Kompetenz an die erste gebunden, und nicht unterschieden, ob der Richter prorogirt worden sei oder nicht. Auch finden wir keine Rücksicht darauf genommen, ob etwa der Kläger bei Angehung des Richters die Möglichkeit einer gegen ihn zu erhebenden Widerklage bedacht habe, wie denn auch die Gesetze (und die Richter nicht weniger) sich hüten müssen, allzu leicht von dem eigentlichen Gegenstande des Rechts, der äussern Handlung abzugehen, und in die Gedanken, Herzen und Nieren der Menschen eindringen zu wollen.

3) Hat der Kläger ohne spezielle Klauseln die Prorogation vorgenommen, und bei dem prorogirten Richter seinen Anspruch angebracht, so muß er auch die Folgen und Lasten hinnehmen, welche die Gesetze der Klage überhaupt beilegen, und darunter gehört auch die Annahme der bei dem Richter der Hauptklage anzubringenden Widerklage; er muß nun, nachdem er A. gesagt (d. h. geklagt) hat, auch B. sagen (d. h. auf die Widerklage zur Rede stehen [10]). Daß es so kommen werde oder könne, mußte der Kläger, vermöge der ihm zumuthbaren Sorgsamkeit, überlegen und wissen; wenn er aber auch darüber im Rechtsirrthume war, so kann letzterer nicht beachtet werden, und daraus dem Irrenden kein Vortheil erwachsen [11]). Auch hilft des Klägers Erklärung nichts; weil er, sobald die Sache streitig geworden ist, als Zeuge in eigener Sache

---

10) Eisenhart: Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern. (3. Ausg. v. Otto. Leipzig 1823.) Abth. IV. Nr. XXIV. S. 380.

11) L. 1. §. 1. LL. 2. 7. 8. 9. pr. §. 3. Dig. de juris et facti ignor. (22. 6.) L. 9. Cod. de legib. et constit. (1. 14.) L. 12. Cod. de juris et facti ignor. (1. 18.) Cap. 13. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

erscheint, weil er in Rücksicht auf einen von ihm selbst zu erlangenden Vortheil unglaubwürdig ist [12]), und weil es, wie gesagt, nicht darauf ankömmt, ob er bei Eingehung der Prorogation auch wirklich an eine Widerklage gedacht habe oder nicht. Hier gilt die Vorschrift des kanonischen Rechts in Cap. 6. X. de verb. signif. (5. 40.): „Intelligentia dictorum ex causis est assumenda dicendi: quia non sermoni res, sed rei est sermo subjectus.“

4) Allerdings kann man dem Hauptkläger, wenn er sich gegen die erhobene Widerklage sträubt, zum Vorwurfe machen, daß er bei der Prorogation nicht bereits seinen Widerwillen aussprach, und geltend machte, man kann ihn gerade deßwegen zur Annahme der Widerklage drängen. Denn die Gesetze geben dem Beklagten im Allgemeinen das Recht, vor dem Richter einer rechtshängigen Klage gegen den Kläger eine Widerklage zu erheben, und verbinden letzteren, diese zu beantworten. Sind diese Gesetze prohibitiv, so hätte der Kläger nicht einmal durch eine Protestation etwas dagegen ausrichten können, um so weniger konnte er also die Anwendung derselben durch Schweigen beseitigen; er ist ihrer Wirkung unbedingt unterworfen [13]). Sind die erwähnten Gesetze aber dispositiv, so gelten sie, schon nach ihrem Begriffe, gerade wegen Ermangelung einer entgegenstehenden Verfügung von Seite der Parteien [14]). Der Kläger hat geschwiegen, also nicht widersprochen [15]), und ihm steht die alte Parömie ent-

---

12) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 256.

13) Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. I. §. 7.

14) Schweppe a. a. O.

15) L. 142. Dig. de reg. jur. (50. 17.): „Qui tacet non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare.“ Cap. 43. de reg. jur. in VI. (5. 13.): „Qui tacet, consentire videtur.“ Cap. 44. ibid: „Is qui tacet, non fatetur; sed nec utique negare videtur.“

gegen: „Schweigst du still, so ist's dein Will" [16]). Gerade an dem Kläger war es, bei der Prorogation sich von seinem Gegner die Befreiung von der Widerklage ausdrücklich auszubedingen. Der Beklagte dagegen konnte, ehe ihm so Etwas zugemuthet wurde, füglich schweigen, da ihm das Recht der Widerklage ohne gegnerische Konzession erwächst, und es von ihm unklug wäre, durch voreiliges Sprechen sich vielleicht diesen künftigen Vortheil zu verderben. Die angedeutete Rechtsregel: interpretatio contra eum facienda, qui clarius loqui debuisset, (Note 7) ist daher auf den Kläger, nicht auf den Beklagten anzuwenden.

5) Der Hauptkläger hat, nachdem die Widerklage zum Dasein gekommen ist, eben so, wie der Hauptbeklagte, eine doppelte Rolle; jede Partei ist zugleich klagend und beklagt (§. 15.). Mit dem favor rei ist es also hier eine ganz unsichere und zweideutige Sache, man kann ihn bald hierher, bald dorthin wenden. Dennoch fällt bei ganz genauer Untersuchung die Entscheidung gegen den Hauptkläger aus. Zur Zeit des Prorogationsvertrages, (welcher mit der Richterwahl im Anfange des Hauptprozesses identisch ist) war die Widerklage noch nicht erhoben; damals hatte also der Hauptkläger nur eine einzige Parteirolle, er war noch nicht Beklagter, und wenn es sich also um die Auslegung der Prorogation handelt, (bei welcher auf den Zeitpunkt der Eingehung gesehen werden muß [17]), so steht ohne Zweifel dem Gegner des Hauptklägers (dem Widerkläger) der favor rei zur Seite, weil er sogleich Anfangs Beklagter war. Wenn es sich aber auch umgekehrt verhielte, so würde doch die Rechtsbegünstigung der Person von der Rechtsbegünstigung eines auf Billigkeit

---

16) Eisenhart: Grundsätze d. teutschen Rechte in Sprüchw. Abth. IV. Nr. VII. S. 344.

17) L. 78. pr. L. 137. §. 6. Dig. de verb. oblig. (45. 1.) L. 144. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

beruhenden Institutes (res), nämlich der Widerklage selbst, überwogen werden [18]), und es wäre also für ihre Zulässigkeit und Aufrechthaltung bei dem prorogirten Richter zu entscheiden.

Hier ist eine Stelle, wo schicklich die Wirkungen behandelt werden können, welche durch Bestreitung der Kompetenz für die Hauptklage oder durch Prorogation von Seite des Beklagten der Widerklage erwachsen. Ein vermöge der Gesetze hinsichtlich der Hauptklage inkompetentes Gericht soll diese, wenn es nicht schon über die Prorogation beider Theile Gewißheit hat, und sich also dadurch als kompetent geworden ansehen kann, gar nicht annehmen [19]); folglich kann bei demselben die Widerklage überhaupt nicht (auch nicht als Hauptklage, wenn die Person des Beklagten oder der Streitgegenstand vor ein anderes Tribunal gehört) oder doch nicht als solche (wegen Mangels einer rechtshängigen Hauptklage, angestellt werden. Hat indessen ein inkompetenter Richter, dieser Regel zuwider, entweder weil er seine Inkompetenz übersah, oder weil ihm nicht solche Gründe bekannt sein konnten, aus welchen er sich als inkompetent zu erklären hatte, die Hauptklage angenommen, so ist zu unterscheiden, ob der Beklagte rechtzeitig (§. 24. Note 11) protestirt hat, oder nicht. Im ersten Falle bleibt, eben so wie die Verhandlung der Hauptklage, sein Recht, gegen den Hauptkläger eine Widerklage anzustellen, suspendirt, bis rechtskräftig entschieden sein wird, ob Inkompetenz vorhanden sei oder nicht; denn es wäre von Seite des Beklagten widersprechend, und auf eine unzulässige Art frivol, ohne Verhandlung der Hauptklage die der Widerklage zu verlangen, die Kompetenz des Richters hinsichtlich jener zu bestreiten, bei ihm aber die Widerklage, über welche er nur accessorisch

---

18) L. 85. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 26. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

19) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 164.

kompetent wird (§. 24.), zu erheben, und so mittelbar und faktisch die Kompetenz hinsichtlich der Hauptklage zugleich anzuerkennen. Höchstens kann er eventuell, ohne Begehren der sofortigen Verhandlung, widerklagen. Wird nun der Richter, aus Veranlassung der Protestation, als inkompetent in Beziehung auf die Hauptklage erklärt, so kann dieselbe bei ihm nicht verhandelt werden, und folglich kann auch Derjenige, gegen welchen sie gerichtet wurde, nicht als Widerkläger auftreten. Wird aber die Inkompetenz verworfen, so leben die Hauptklage und das Recht zur Widerklage wieder auf, als wenn die Zuständigkeit des Richters unbestritten geblieben wäre. — Im zweiten Falle, wenn der Hauptbeklagte die Inkompetenz des Richters entweder gar nicht oder zu spät rügte, und ihm keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt wird, gilt der Richter als in dem kritischen Momente durch Stillschweigen und Einlassung des Hauptbeklagten für die Hauptklage prorogirt, nachdem er bereits von dem Hauptkläger durch die Thatsache der Klagestellung prorogirt worden ist; er ist dann in Beziehung auf die Hauptklage nicht mehr inkompetent, sondern durch die beiderseitige successive Prorogation (vorausgesetzt, daß die streitenden Theile dazu befugt waren) kompetent geworden. Diese Kompetenz zieht die Kompetenz hinsichtlich der Widerklage nach sich, und es steht also der Anstellung und Annahme der letzteren von dieser Seite Nichts mehr entgegen. War aber der Beklagte, entweder wegen seiner persönlichen Verhältnisse, oder wegen Beschaffenheit des Klagegegenstandes, nicht in der Lage, hinsichtlich der Hauptklage sich eine Prorogation beigehen zu lassen, so kann sie keine Wirkung haben, und der Richter ist also auch dann, wenn die Kompetenz von dem Beklagten nicht bestritten, oder wenn sie sogar ausdrücklich anerkannt wurde, inkompetent geblieben; vor ihm kann rechtsgiltig Nichts verhandelt werden, und das bereits Verhandelte ist nichtig [20]). Eben

---

20) L. 29. Dig. de reg. jur. (50. 17.): „Quod initio vi-

so wenn der Kläger nicht prorogiren konnte. Wird demgemäß die über die Hauptklage gepflogene Verhandlung aufgehoben, oder der bereits geschlossene Prozeß, nebst dem geschöpften Urtheile, kassirt; so fällt auch das Verfahren hinsichtlich der Widerklage über den Haufen, es sei denn der Richter nicht accessorisch wegen Rechtshängigkeit der Hauptklage, sondern aus einem selbständigen Grunde über das Klagewesen des Beklagten kompetent; denn alsdann ressortirt es isolirt an denselben [21]). — Die Prorogation auf die Widerklage auszudehnen, ist in der Regel überflüssig, da der Richter durch die Hauptklage ohnedieß über letztere zuständig wird. Haben aber beide Theile bei der Prorogation ausdrücklich die Widerklage (wenn sie ausnahmsweise dem Richter der Hauptklage entzogen ist) eingeschlossen, oder haben sie dieselbe im entgegengesetzten Fall ausgenommen, so hängt die Kompetenz des Richters von dieser Uebereinkunft ab, soferne die Parteien ihre Befugnisse nicht überschritten haben; denn wenn gleich die Parteien nicht bestimmen dürfen, wie der prorogirte Richter zu verfahren habe, (Konventional-Prozeß), so dürfen sie doch innerhalb gewisser Schranken festsetzen,

---

tiosum est, non potest tractu temporis convalescere.“ Cap. 18. de reg. jur. in VI. (5. 13.): „Non firmatur tractu temporis, quod de jure ab initio non subsistit.“

21) Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 126—128. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 74 f. Wir leiteten hier Alles aus der Prorogation hinsichtlich der Hauptklage her; daß hinsichtlich der Widerklage der Richter nicht prorogirt sei, ist oben §. 25. vorgekommen, und folglich gerathen wir nicht mit den Aeusserungen Wagner's in d. Materialien f. Gesetzkunde u. Rechtspflege in d. österreich. Erbstaaten, herausgeg. v. Pratobevera, Bd. IV. Nr. IV. S. 241. 247. 261. in Konflikt.

was er behandeln, und in welchem Umfange die Prorogation gelten soll [22]).

II) Der Schiedsrichter (Minnerer, arbiter, judex receptus v. compromissarius, vir bonus) ist bloß ein Privatrichter, und hat als solcher überhaupt keine eigentliche Gerichtsbarkeit [23]), da er weder vom Staate aufgestellt oder bestätigt ist, noch eine Exekutionsgewalt (imperium) hat, ohne welche es nach gemeinem Rechte keine Gerichtsbarkeit gibt [24]). Seine Gewalt verdankt er bloß der freiwilligen Uebertragung der Parteien (judicium voluntarium) [25]); weiter, als das Kompromiß oder der Vertrag, durch welchen ihm ein Prozeß übergeben wird, lautet, darf er nicht einschreiten wenn es sich nicht um bloße Accessionen und Einreden handelt [26]), die Parteien dürfen ihm sogar einen Konventionalprozeß vorschreiben [27]).

---

22) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 101.

23) **L. 3. Cod. de jurisdict. omn. jud. (3. 13.): „Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nullo praeest judicio: nec quod is statuit rei judicatae continet auctoritatem.“** Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 20. Goldschmidt: Abhandl. aus d. Civilproz. Nr. XII. S. 135 ff. Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 128. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 101. Note 3. Die Gesetze legen den Schiedsgerichten bloß eine Aehnlichkeit mit den Gerichten bei. **L. 1. Dig. de recept. (4. 8.): „Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur.“ L. 14. Cod. dc judiciis. (3. 1.): — „Judicium imitatur.“** Daß auch der Schiedsrichter mitunter judex genannt wird, beruht auf dieser Aehnlichkeit. **LL. 80. 81. Dig. de judiciis. (5. 1.)**

24) **Donelli comment. lib. XVII. cap. 6. §§. 7. 8.**

25) **Donelli comment. lib. XVII. cap. 3. §. 4. cap. 6. §. 2.**

26) **L. 21. §. 6. L. 32. §§. 15. 21. Dig. de recept. (4. 8.) Arg. Cap. 21. §. 3. X. de offic. et potest. jud. deleg. (1. 29.)**

27) Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. III. §. 527.

Wenn daher dem Schiedsrichter die Widerklage von beiden Parteien nicht mit zur Verhandlung und Entscheidung übergeben worden ist, oder wenn sie sich nicht im Allgemeinen in Beziehung auf alle zwischen ihnen entstehende Rechtsstreite einem Schiedsrichter unterworfen haben, so erscheint er rücksichtlich derselben als inkompetent, und der Widerbeklagte ist nicht verbunden, sich einzulassen, obgleich es ihm gestattet ist, durch freiwillige Einlassung das Kompromiß faktisch auf die Widerklage zu erweitern [28]). Dafür haben wir nun auch ein bestimmtes Gesetz von Innozenz III. Cap. 6. X. de arbitris (1. 43.): — „Utrum coram arbitris reconventioni sit locus, postulasti per sed. Apost. explicari. Nos igitur respondemus, quod licet in judicio convenientem reconvenire valeatis, qui coram judice convenitur, coram arbitris tamen reconveniri non potest: cum arbitri judicare non valeant, nisi de his tantum, super quibus in eos extiterit compromissum.“ Lancelott [29]) lehrt: „De arbitris dubitari poterit, an coram eis reconventioni locus esse possit? et cum arbitri judicare non possint, nisi de his tantum, super quibus in eos compromissum fuit, responsum est, coram eis reconventionem locum habere non posse.“ Auch die Glosse zum Sachsenspiegel (Buch III. Art. 12.) stimmt überein, und zitirt sogar obige Stelle aus dem kanonischen Recht: „Doch hat die wiederklage nicht statt in dreyen fällen. Erstlich, ob man ichts hette auf schiedensleute, welche von beyden theilen darzu gewehlet worden. Dann darum mag keiner den andern wieder beschuldigen, es were dann anders zwischen ihnen betheidiget worden. c. 6. X. de arbitr. et L. 4. ff. eod. tit.“

III) Darüber, ob dem delegirten Richter oder

---

28) Tancreti ordinis judic. tract. pag. 259. Teller diss. de reconvent. §. 11. Kori: üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 7. S. 100.

29) Instit. jur. canon. lib. III. tit. 9. §. 4.

dem Kommissär die Kompetenz hinsichtlich der Widerklage zustehe, sind die Rechtslehrer nicht ganz einig [30]). Hier sind verschiedene Fälle zu unterscheiden. Die Gewalt des Kommissärs beruht auf dem Kommissorium, welches strenge auszulegen ist, jedoch Alles von selbst mit sich bringt, was zur völligen Ausrichtung des Geschäftes erforderlich und unvermeidlich ist [31]). Lautet daher das Kommissorium bloß auf eine Klage, so läßt es sich nicht unbedingt auf eine Widerklage ausdehnen, besonders wenn der Kommissär eine Privatperson ist, denn einer solchen fehlt über das Kommissorium hinaus nicht nur die Kompetenz (die Ermächtigung, den speziellen Fall der Widerklage zu instruiren und zu entscheiden), sondern auch die Gerichtsbarkeit d. h. die rechtliche Befugniß, überhaupt und abgesehen von einer individuellen Sache Richterhandlungen vorzunehmen [32]); der Kommissär ist nur Richter innerhalb des

---

30) Tancreti ordinis judic. tract. pag. 258. Schaumburg principia prax. jurid. judic. part. I. lib. II. sect. 2. cap. 4. §. 1. nota * Wernher lectiss. commentat. ad Dig. lib. I. tit. 1. §. 24. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 18. Teller dissert. de reconvent. §. 12. Leyser meditat. ad Pandect. spec. 123. cap. 1. J. H. Boehmer jus ecclesiast. protest. lib. I. tit. 29. §. 35. lib. II. tit. 4. §. 20. Müller promptuar. jur. voce reconventio. n. 5. Kori: üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 7. S. 100. Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 130. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S 76. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 69. — Ueber den Unterschied des delegirten Richters von dem judex datus vgl. Donelli comment. lib. XVII. cap. 23. §. 3.

31) Cap. 15. 22. X. de rescript. (1. 3.) Cap. 21. §. 3. X. de offic. et potest. jud. deleg. (1. 29.) Mevii decis. part. I. dec. 58. n. 5. dec. 250. n. 2. Martin: Lehrb. d. Proz. §. 300. Linde a. a. O.

32) W. H. Puchta: d. Dienst d. teutschen Justizämter. Th. I. §. 54.

Buchstabens seines Kommissoriums [33]). Der muthmaßliche Wille des Kommittenten kömmt um so weniger in Anschlag, als, wie erwähnt, die Auslegung strenge gemacht werden muß [34]), und auch die singulären Gesetze über den Gerichtsstand der Widerklage haben gewöhnliche, unmittelbar eintretende Richter im Auge, können daher nicht auf delegirte erweitert werden. Der Kommissär ist jedoch dann für die Widerklage zuständig, auch ohne daß das Kommissorium speziell darauf lautet, wenn derselbe notorisch oder erweislich nicht als eine Kreatur mit ganz neuer Gewalt in die Welt gestellt wird (was sich nach dem verfassungsmäßigen Grundsatz: Niemand soll seinem ordentlichen Richter entzogen werden, schlecht verträgt), sondern wenn mit seiner Ernennung die unzweideutige Absicht verbunden ist, daß er der Ersatzmann eines andern Richters sei, und bezüglich auf einen speziellen Prozeß in dessen ganze Gewalt eintrete; denn alsdann geht auf ihn die ganze Kompetenz des Ersetzten über, und ergreift sohin auch die Widerklage. Dieß wird nun eintreffen, wenn die Kommission angeordnet wurde: 1) weil beide Theile gebeten haben, oder weil nur der Kläger gebeten hat, ihnen statt des ordentlichen Richters einen Kommissär beizugeben [35]), 2) weil der zuständige Richter wirksam rekusirt worden ist, 3) weil ein Gericht nicht gehörig besetzt ist, 4) weil unter mehreren Gerichten über die Kompetenz

---

33) Arg. L. 20. Dig. de jurisdict. (2. 1.) L. 1. Cod. si a non compet. jud. (7. 48.) Cap. 22. X. de rescript. (1. 3.) Cap. 21. 32. 37. 40. X. de offic. et potest. jud. deleg. (1. 29.)

34) Ist die Widerklage erst nach geschehener Delegation geboren, so kann man darin noch einen Bestärkungsgrund unserer Meinung finden.

35) Der Kläger hat hier mehr oder weniger den neuen Richter gewählt, entweder durch ausdrückliche Bezeichnung, oder dadurch, daß er die Wahl in die Hände der Behörde legt, bei welcher er sein Gesuch anbringt; folglich muß er auch noch das

gestritten wird, und keines im Besitze ist, oder endlich 5) weil ein Gericht die Rechtspflege hartnäckig verweigert oder verzögert [36]). Wird erst ein Richter delegirt, nachdem bereits ein anderer über die Hauptklage und vielleicht auch über die Widerklage eingetreten ist, so wird ohnehin des Letzteren Kompetenz in ihrer ganzen Integrität fortgesetzt, und bei dem delegirten kann sofort die Widerklage erst anhängig gemacht, oder weiter behandelt werden [37]). Diese Unterschiede sind in der Natur der Delegationen, welche übrigens im kanonischen Rechte weit regelmäßiger und bedeutungsvoller angeordnet sind, als die jetzige Praxis sie anerkennt, begründet, und werden durch die Stelle, welche man für die über Bausch und Bogen Statt findende Zulässigkeit von Widerklagen bei delegirten Richtern anführt, nicht beseitigt: Cap. 1. X. de mut. petit. (2. 4.): Quoniam rationis ordo exigit, ut plebanus et clerici Maturen. monasterii de iis, quae adversus eos proponunt, debeant in vestra praesentia respondere, cum sibi ex ipsis coram vobis a sede Apostolica delegatis justitiam postulant exhiberi: mandamus, quatenus actione plebani et clericorum proposita, et responsione facta: monitione praetermissa compellatis eosdem memoratis Abbati et fratribus in continenti coram vobis super suis quaestionibus respondere, ut vicissim postmodum rationes partium audientes, concordia vel judicio utriusque negotium terminetis.“ (§. 9. Nr. II.) Ständige Kommissäre, welche für eine gewisse Gattung von Streitigkeiten, ohne daß noch die Parteien bekannt sind,

---

Motiv der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) gegen sich gelten lassen: „Cujus in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem — non dedignetur“ (§. 25.)

36) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 69.

37) Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit ꝛc. Jahrg. 1827. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 130 f.

überhaupt angeordnet werden [38]), sind nach den Regeln über den dinglich privilegirten Gerichtsstand zu beurtheilen (§. 27.). Was aber die Deputirten der Kollegialgerichte [39]) angeht, so repräsentiren sie das Gericht, dem sie angehören, und tragen auch dessen Kompetenz in sich. — Bei der mandirten Gerichtsbarkeit endlich tritt der Mandatar in die Stelle des Mandanten ein, wenn das Mandat nicht beschränkt und unter Vorbehalten ertheilt wurde [40]).

§. 27.

Wenn gleich in den Gesetzen die Einrede der Inkompetenz als unzuläßig erklärt ist, so bezieht sich diese Erklärung doch nur auf die Inkompetenz hinsichtlich der Person des Widerbeklagten, nicht aber hinsichtlich des Gegenstandes der Widerklage [1]). In der Verordnung des Kaisers Zeno, L. 3. pr. Cod. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) heißt es: — „verum etiam quum non est judex actoris competens, qui tamen ex reconventione victus sit, nec eum judicem recusare possit.“ Justinian sagt in der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.): — „nulla — opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur.“ Beide Gesetzgeber sprechen weder von einer

---

38) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 21. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 69.

39) Linde a. a. O. §. 76.

40) Linde a. a. O. §. 70.

1) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 15. Goldschmidt: Abhandl. aus d. Civilproz. Nr. III. S. 23. Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 128. Bayer: Vorträge üb. d. gem. ordentl. Civilproz. S. 269. Martin: Lehrb. d. Proz. §. 158. Note g. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 95.

Inkompetenz über die Sache, noch von einer Inkompetenz im Allgemeinen, sie bezeichnen vielmehr durch die Worte „actoris“ und „agentis“ die genaue Einschränkung ihrer Dispositionen, welche, als Ausnahmen von der gewöhnlichen Regel, streng ausgelegt werden müssen [2]). In Beziehung auf den Gegenstand der Widerklage bleibt es also bei den allgemeinen Prozeßvorschriften. Der Richter muß 1) jene Gattung der Gerichtsbarkeit besitzen, in welche der Gegenstand der Widerklage einschlägt, und 2) er muß sich innerhalb der objektiven Gränzen halten, in welche die ihm zukommende Gattung der Gerichtsbarkeit über gewisse Gegenstände eingeengt ist, d. h. er muß auch über den speziellen und individuellen Gegenstand des Widerklagestreites (in concreto) kompetent sein, und kann also, wenn er auch im Allgemeinen Realjurisdiktion hat, nicht einschreiten, sobald z. B. das mit der Widerklage begehrte Grundstück ausserhalb seines Gerichtsbezirkes liegt [3]). Der Umstand, daß der Richter über Inzidentpunkte, welche in einem unter ihm anhängigen Prozesse vorkommen, kompetent wird, wenn er auch ausserdem über die Gegenstände derselben nicht kompetent sein sollte [4]), kann dagegen durch Analogie nichts ausrichten. Bei der strengen Auslegung verliert die Analogie ihren Werth. Die Widerklage ist keine Inzidentsache (§. 2.); man bedenke nur, daß der Ausspruch über die Hauptsache durch die Erledigung der Inzident-

---

2) L. 14. Dig. de legib. (1. 3.) L. 141. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 28. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

3) L. 20. Dig. de jurisdict. (2. 1.) L. 1. Cod. si a non compet. jud. (7. 48.) Fabri conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 8. §. 15. seqq.

4) L. 3. Cod. de judiciis. (3. 1.) L. 1. Cod. de ord. jud. (3. 8.) Bethmann-Hollweg: Versuche üb. einz. Theile der Theorie d. Civilproz. Nr. II. S. 123 ff. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 94.

sache bedingt ist, und mit ihr zusammenhängt, wogegen die Widerklage eine innere Selbständigkeit hat, und nicht einmal mit der Hauptklage konnex zu sein braucht (§. 35.). Endlich legt man dem Richter über die Inzidentsachen nur dann Kompetenz bei, wenn sie im Gewande von Einreden, nicht von Klagen vorgebracht sind[5]), und eine Einrede kann die Widerklage so wenig sein, als eine andere Klage. Sollte übrigens der Richter über den Gegenstand der Widerklage wegen Konnexität kompetent werden, oder aus irgend einem andern Grunde, so beruht seine Kompetenz auf andern Gesetzen, als auf denjenigen, welche den Gerichtsstand der Widerklage statuiren, und es ist ein forum continentiae causarum ex connexitate, etc. etc. nicht reconventionis vorhanden, oder mit andern Worten: der Richter wird über den Gegenstand wegen der Natur und Verhältnisse desselben u. s. w., nicht aber in Folge der Widerklage-Konjunktur allein zuständig.

Da die objektive Inkompetenz des Richters durch die Widerklage nicht aufgehoben wird, so bleiben insbesondere die hinsichtlich des Gerichtsstandes privilegirten oder befreiten (exemten) Sachen von dem Gerichtsstande der Widerklage ausgeschlossen. Um eine eigenthümliche Beschleunigung zu bewirken, vorzüglich aber weil die Behandlung der Rechtsstreitigkeiten über gewisse Klassen von Sachen besondere Fachkenntnisse und Erfahrungen, welche dem Richter als solchem nicht eigen sind, und einen technisch gebildeten Verstand voraussetzt, ist die Kompetenz darüber den gewöhnlichen Untergerichten entzogen, und eigens konstituirten Gerichten ausschließend zugetheilt[6]). Dieß ist nach gemeinem Rechte der

---

5) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 15.

6) W. H. Puchta: Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis. (Erlangen 1822 u. 1827.) Bd. I. S. 207. Wenn bisweilen ausnahmsweise ein Richter aussergewöhnliche und andere als juristische Fachkenntnisse besitzt, so macht dieß keinen Unterschied.

Fall bei geistlichen [7]), bei Lehens- [8]) und solchen Sachen, welche schriftsässige Güter [9]) und die ehemaligen reichsständigen Besitzungen der Mediatisirten [10]) betreffen [11]). Nach Territorialgesetzen gehören hierher auch Handels-, Wechsel-, Berg-, Bau-, Forst-, Gränzsachen, administrativstreitige Angelegenheiten [12]) u. s. w. [13]). Immer wird dabei auf die Beschaffenheit der Sachen, nicht der Personen gesehen, jene sind privilegirte Objekte, und begründen den dinglich privilegirten Gerichtsstand.

Wenn der Gegenstand sowohl der Haupt- als Widerklage vor dem nämlichen Gerichtsstande privilegirt sind, z. B. wenn beide Parteien wegen Lehenssachen klagen, so ressortiren offenbar beide Klagen (jede von sich aus) zu dem nämlichen Richter [14]); nur dürfen die Sachen nicht in den Sprengeln verschiedener Lehenshöfe liegen; denn in diesem, wie in jedem ähnlichen Falle kommen die Grundsätze über den Gerichtsstand der gelegenen Sache in Anwendung [15]). Ist aber der Gegenstand der Hauptklage

---

Gönner: Handb. d. Proz. Bd. II. Nr. XLV. S. 436. Puchta a. a. O. S. 212. Daß übrigens die Idee eines Richteramtes durch Pers noch heutiges Tags vorwalte, scheint eine unrichtige Ansicht zu sein. Puchta a. a. O. S. 216.

7) Davon sogleich unten.

8) I. Feud. 10. II. Feud. 16. 22. 55. §. 2. Richtsteig. Buch III. Kap. 4. Reichsabschied v. 1466. §. 11.

9) Mittermaier: Grundsätze des gem. teutschen Privatrechts. §. 66.

10) Teutsche Bundesakte v. 1815. Art. 14. c. Klüber: öffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten (3. Aufl. Frankf. a. M. 1831). §. 305.

11) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 98.

12) Puchta a. a. O. Bd. I. S. 202 f.

13) Klüber a. a. O. §. 371.

14) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 24.

15) Kaiserrecht. Th. III. Kap. 13.

ein nicht privilegirter, und die durch die Widerklage begehrte Sache genießt ein Privilegium, dann ist der Richter der Hauptklage über die Widerklage nicht kompetent [16]).

Dieß Alles ergibt sich leicht aus dem Obigen. Die privilegirten Sachen sind durchaus von jeder andern, als der ihnen zugetheilten Gerichtsbarkeit ausgenommen, die Parteien haben hier keine Wahl, und können nicht einmal durch Prorogation den Prozeß anderswohin bringen [17]); höchstens ist es ihnen gestattet, Schiedsrichter zu wählen. Ein Hauptgrund ist aber noch in dem Umstande zu suchen, daß bei den privilegirten Sachen die gewöhnlichen Richter zur Behandlung und Entscheidung gar nicht als befähigt gelten, indem es hier auf eine ihnen nicht inwohnende und bei ihnen nicht anzunehmende technische Bildung ankommt. Das nothwendige Vertrauen der Rechtsbedürftigen zum Richteramte ist darauf gebaut, daß der Richter nicht nur Recht sprechen wolle, sondern auch könne; die Partei hat das Recht, von einem Richter abgeurtheilt zu werden, der beide Eigenschaften in sich vereinigt [18]). Folglich muß er in jedem ihm vorkommenden Falle die volle Rechtskenntniß haben, und nur bis zur Gränze derselben, so wie sie regelmäßig erfordert wird, reicht sein Amt [19]). Nun aber muß man behaupten, daß die mit speziellen Sachverständigen besetzten dinglich privilegirten

---

16) Kori üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 7. S. 100.

17) Arg. II. Feud. 46. Donelli comment. lib. XVII. cap. 10. §§. 14—20. Schaumburg principia prax. jurid. judic. part. I. lib. I. sect. 2. cap. 4. §. 2. Glück: Erläut. d. Pandekt. Th. III. §. 207. Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XIII. Nr. XVI. S. 294. Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 30. Linde: Lehrb. d. Proz. §. 101. Prozeß-Ord. f. d. Großherzogth. Baden v. 1831. §§. 32. 41.

18) Deput. Absch. v. 1600. §. 15.

19) Daß die Aeußerung Ulpian's in der L. 57. Dig. de re jud. (42. 1.): „Princeps enim, qui ei (praetori) magis-

Gerichte deßhalb eingeführt wurden, weil die anderen Richter die für die privilegirten Sachen erforderliche Befähigung nicht zu haben scheinen, weil sie, ungeachtet der beßten anderweitigen juristischen Bildung, hierin mehr oder weniger Ignoranten und Dilettanten sind, so daß sie nicht Recht sprechen, und nicht objektiv kompetent werden können. So ausdehnend man daher immer die Gesetze über die Widerklage auslegen mag, so läßt sich doch nicht denken, daß der Gesetzgeber den Widerbeklagten habe rechtslos stellen, und ihn nöthigen wollen, vor unfähigen Richtern Recht zu nehmen; dadurch hätte er die Basis der ganzen Justiz zerstört. Man muß fortwährend annehmen, daß der gewöhnliche Richter über eine Widerklage, deren Gegenstand ein privilegirter ist, inkompetent sei. Kompetenz und Unfähigkeit vertragen sich nicht wohl zusammen, und sollten sie es, so müßten wir darüber deutliche positive Bestimmungen haben, welche uns aber fehlen.

Die Menge der dinglich privilegirten Gerichtsstände erinnert an die Einrichtung des chinesischen Medizinalwesens. Wie hier für jedes Glied oder Organ besondere Aerzte bestellt sind, so findet man dort für die besonderen Rechtsgegenstände eigene Spezialrichter. Die Aufstellung katholischer geistlicher Gerichte für Ehesachen in ihrem ganzen Umfange hat noch überdieß den Umstand gegen sich, daß orthodoxe Männer, welchen pflichtmäßig der Cölibat auferlegt ist, hier oft gar nicht als wahre Sachverständige gelten können, und hinter den ordentlichen Richtern zurückstehen. Gewiß ist das Bedürfniß jener Gerichtsstände nur in wenigen Fällen, vielleicht gar nicht, vorhanden. Deßhalb neigt man sich in neuerer Zeit immer mehr zu der Vorstellung, daß der ordentliche Richter auch die bisher privilegirten Sachen, mit Zuziehung von Sachverstän-

---

tratum dedit, omnia gerere decrevit," nicht im Wege ehe, wird Niemand bezweifeln.

digen, welche das technische Material liefern, behandeln könne und solle [20]). Wo nun eine solche Einrichtung praktisch geworden ist, und die dinglich privilegirten Grichtsstände abgeschafft sind, treten die gewöhnlichen Rechtsgrundsätze ein. Wo dagegen diese Ausnahmsgerichte noch bestehen, kann der ordentliche Richter, ihnen gegenüber, die Kompetenz aus eigener Machtvollkommenheit nicht an sich reißen.

Was insbesondere die geistlichen Sachen betrifft, so wurde ihr Bereich durch das kanonische Recht so sehr erweitert, daß es sich beinahe überall hin erstreckte. Man rechnete namentlich dahin: alle Rechtsverhältnisse, wobei Pflichten der Religion und des Gewissens in Frage standen [21]), Ehesachen und Streitigkeiten über die eheliche Abstammung [22]), Testamentssachen [23]), alle durch einen Eid bestärkten Verbindlichkeiten [24]), Streitigkeiten über die Zulässigkeit des kirchlichen Begräbnisses [25]), über das Patronat und die Zehnten [26]), u. s. w. Man zog sowohl die rein geistlichen [27]), als die gemischten Sachen [28]) vor

---

20) W. H. Puchta: Beiträge zur Gesetzgeb. u. Praxis. Bd. I. S. 220. u. dessen Dienst der teutschen Justizamter. Th. I. S. 182.

21) Cap. 8. X. de arbitr. (1. 43.) Cap. 2. X. de judiciis (2. 1.)

22) Cap. 5. 7. X. qui filii sint legit. (4. 17.) Cap. 12. X. de excess. praelat. (5. 31.)

23) Cap. 3. 6. 17. X. de testament. (3. 26.)

24) Cap. 3. de foro compet. in VI. (2. 2.) Cap. 2. de jurejur. in VI. (2. 11.)

25) Cap. 11. 12. 14. X. de sepult. (3. 28.)

26) Cap. 3. X. de judiciis. (2. 1.) Cap. 17. X. de praescript. (2. 26.)

27) Cap. 16. 18. X. de off. jud. ord. (1. 31.) Cap. 8. X. de arbitr. (1. 43.) Cap. 2. X. de judiciis (2. 1.)

28) Cap. 36. X. de off. jud. ord. (1. 31.) Cap. 3. X. de

die geistlichen Gerichte. Wo die geistliche Gerichtsbarkeit nicht durch persönliche Privilegien begründet war, stützte sie sich auf solche dingliche Exemtionen. In neuer Zeit dagegen sind hierin bedeutende Aenderungen eingetreten; kaum ist der Kirche die Ausübung der Gerichtsbarkeit in rein geistlichen Sachen belassen worden. Als solche sind erklärt Sachen des Gewissens oder der Erfüllung von Pflichten der Religion und der Kirche nach ihren Dogmen, symbolischen Büchern, und der darauf gegründeten Verfassung [29]). Gemischte Gegenstände sind der Kirche, nur unter Mitwirkung der Staatsgewalt überlassen [30]), nämlich Anordnungen über den äussern Gottesdienst, Feierlichkeiten, Prozessionen, Nebenandachten, Zeremonien, Kreuzgänge und Bruderschaften, Errichtung geistlicher Gesellschaften und sonstiger Institute, und Bestimmung ihrer Gelübde, organische Bestimmungen über geistliche Bildungs-, Verpflegungs- und Strafanstalten, Eintheilung der Diözesen, Dekanats- und Pfarrsprengel, Gegenstände der Gesundheitspolizei, so weit diese kirchliche Anstalten mit berühren u. s. w. [31]). Auch die Privilegien der geistlichen Sachen in der alten Ausdehnung konnten mit dem allgemein gewordenen Grundsatze: daß alle Gerichtsbarkeit Staatssache sei, nicht weiter bestehen [32]). Untersucht man nun den

---

ord. cognit. (2. 10.) Cap. 17. X. qui filii sint legit. (4. 17.)

29) Beilage II. zur Verfassungs-Urkunde des Königreichs Baiern v. 1818. §§. 38. lit. h. 60. 64. 72. Baierisches Konkordat mit Pius VII. v. 1817. Art. 12. lit. c. Verfass. Urk. d. Königr. Würtemberg v. 1819. §. 71. Verfass. Urk. d. Königr. Sachsen v. 1831. §. 57. Verfass. Urk. v. Kurhessen v. 1831. §. 35. ꝛc. ꝛc. Vgl. Pölitz: die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit. Leipzig 1832 u. 1833.

30) Beilage II. zur Verfass. Urk. des Königr. Baiern v. 1818. §. 77.

31) A. a. O. §. 76.

32) Klüber: öff. Recht d. teutschen Bundes. §. 506. ff.

Stand der noch dermals Statt findenden privilegirten Gerichtsbarkeit, über geistliche Sachen, so findet man, daß dieselbe beinahe ganz bedeutungslos geworden ist. Die Kirche hat heutiges Tags nur das Lehr- und Priesteramt, Polizei- und Verwaltungs-Funktionen und die sogenannte jurisdictio interna, welche sich auf bloße Gewissensangelegenheiten, namentlich auf die Beichte, bezieht [33]). Diese jurisdictio interna ist aber, nach richtiger Ansicht, gar keine Gerichtsbarkeit, weil nur die äussere Freiheit, äussere Handlungen und Unterlassungen, Zwangsrechte und Zwangsverbindlichkeiten Objekte der richterlichen Thätigkeit sind, dagegen sittliche und religiöse Verhältnisse nicht unter die dem Civilprozesse anheimfallenden Justizsachen gerechnet werden können. Der Ausdruck „jurisdictio interna“ ist daher nur analog und im uneigentlichen Sinne gebraucht, oder man muß ihn als ein Afterprodukt der in älteren Zeiten noch nicht philosophisch durchgearbeiteten, noch unentwickelten, und von den Kanonisten mißkannten Rechtsansicht betrachten.

Wir kehren nun unsern aufgelösten Fall geradezu um. Was ist Rechtens, wenn der Gegenstand der Hauptklage ein privilegirter, die Widerklage aber auf einen nicht privilegirten Gegenstand gerichtet ist? Daß hier der Richter der Hauptklage für die Widerklage nicht kompetent sei, springt sogleich in die Augen. Denn derselbe hat nur Gerichtsbarkeit innerhalb des Kreises der ihm zugewiesenen bevorrechteten Sachen, und andere ressortiren nicht an ihn; seine Gewalt, als eine aussergewöhnliche und aparte, ist im strengsten Sinne zu nehmen. — Sind endlich die Gegenstände beider Klagen zwar privilegirt, jeder aber gehört vor ein anderes Gericht, z. B. der

---

33) Kreittmayr: Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem. (München 1821.) Th. V. Kap. 19. §. 42. Nr. 1. Eichhorn: teutsche Staats- und Rechtsgeschichte. (4. Ausg. Göttingen 1834. ff.) Th. I. §. 103.

Gegenstand der Hauptklage ist eine Lehenssache, der Gegenstand der Widerklage eine Wechselsache, dann treten die nämlichen Grundsätze ein; die Lehenssache muß also am den Lehenhof, und die Wechselsache, mittels einer gewöhnlichen Klage, an das Wechselgericht gebracht werden [34]).

Nebst den dinglich privilegirten Gerichtsständen sind die ordentlichen besonderen (fora communia specialia) zu bemerken, nämlich der Gerichtsstand der gelegenen Sache, des Vertrags, der geführten Verwaltung, und des Zusammenhangs der Sachen [35]). Auch sie sind soferne dinglich oder objektiv, als der Grund ihrer Entstehung dinglich oder objektiv ist; denn man sieht bei ihrer Ausmittelung nicht auf die Person, sondern auf die verschiedenen Verhältnisse der Sache oder des Streitgegenstandes und seiner Quelle (auf den Ort, wo die Sache sich befindet, wo die Verbindlichkeit entstanden, der Vertrag geschlossen ist, wo die Verwaltung geführt wurde, auf die Beschaffenheit der Sache etc.). Die angestellte Klage kann dabei immerhin eine persönliche sein [36]). —

---

34) Anders nach altem Sachsenrecht. Glosse zum Sachsenspiegel, Buch I. Art. 60. §. 3: „Ob du einen umb Lehen beklaget hast, derselbe mag dich umb dein erb oder eigen (Allod) nicht wiederumb beklagen, solches were dann in demselbigen Gericht gelegen." Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 128.

35) Die Begründung des Gerichtsstandes des Arrestes wird in der neueren Theorie widersprochen. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 96. Vom Gerichtsstand des begangenen Verbrechens ist weiter unten die Rede (§. 37. Nr. V.)

36) Darum ist auch der Gerichtsstand des Vertrages ein dinglicher; denn obgleich auf eine (persönliche) Obligation geklagt wird, so entsteht er doch nicht, wie der des Wohnortes, durch ein Verhältniß der Person, sondern durch eine Lokalkonjunktur des

Einige dieser Gerichtsstände sind immer oder in gewissen Fällen ausschließend, d. h. der Prozeß muß, mit Uebergehung des Richters des Wohnortes, bei einem gewissen speziellen Gerichtsstande angebracht werden. Dieß ist z. B. der Theorie nach bei dem Gerichtsstande der gelegenen Sache der Fall [37]). Andere konkurriren elektiv, so daß der Kläger die Wahl hat, ob er den Gegner bei dem besondern Gerichtsstande oder bei dem Richter des Wohnortes belangen will, wie z. B. der Gerichtsstand des Vertrags, wenn nicht ein Zahlungsort zum Vortheil des Beklagten bedungen ist [38]). Man stellte sogar den Grundsatz auf, daß in der Regel alle besonderen Gerichtsstände fakultativ sind, und mit dem Gerichtsstande des Wohnortes elektiv konkurriren [39]). Auf diesen Unterschied kommt oft sehr viel an; wir werden alle Anstände kasuistisch lösen:

---

dem Streite zum Grunde liegenden Vertrages. Die Ausdrücke „Sache" und „Gegenstand" nehmen wir hier in einer so allgemeinen Bedeutung, als die Römer das Wort **res L. 5. 23. Dig. de verb. signif. (50. 16.) Brissonius de verb. signif. voce res: „Rei appellatio generalis est. Continet enim omnia, quae vel in patrimonio sunt, vel extra patrimonium, et ad omnem contractum causamque pertinet.**"

37) Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. II. Nr. XI. S. 152. Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 23. Bethmann-Hollweg: Versuche üb. einz. Theile d. Theorie d. Civilproz. Nr. I. S. 72. ff. W. H. Puchta: der Dienst der teutschen Justizämter. Th. I. §. 56. S. 171. f. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 90.

38) Linde a. a. O. §. 91.

39) Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen. Th. III. Nr. II. S. 38. Nach der Prozeß-Ord. f. d. Großherz. Baden v. 1831. §. 39. sind die besonderen Gerichtsstände nicht ausschließlich, und konkurriren mit dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnsitzes oder dem dafür gegebenen befreiten Gerichtsstande der Person. –

I) Wenn die Hauptklage bei dem ordentlichen Richter des Wohnortes des Beklagten anhängig ist, und der Anspruch des Letzteren einen besondern Gerichtsstand für sich hat, welcher mit dem Gerichtsstande des Wohnortes elektiv konkurrirt, so wird jener Richter über diesen Anspruch kompetent, wenn er widerklagend angebracht wird. Denn der angegangene Richter hat Gerichtsbarkeit über Personen, wenn gleich in der Regel nur über solche, die in seinem Bezirke wohnen [40]). Ausserdem hätte ja nicht einmal die Hauptklage bei ihm angebracht werden können. Wohnt nun der Kläger auswärts, so hat er, wenn gegen ihn eine gewöhnliche Klage erhoben wird, die Einrede der Inkompetenz auf seiner Seite, allein bei einer Widerklage fällt nach speziellen Gesetzen die erwähnte Einrede hinweg. Der Anspruch des Beklagten kann, wie wir voraussetzen, mit einer gewöhnlichen Klage bei dem Richter des Wohnortes verfolgt werden, daß er auch bei einem andern Richter mit einer solchen Klage geltend gemacht werden darf, macht nichts zur Sache; denn es ist Regel, daß jede bei dem Richter des Wohnortes zulässige Klage wider den Gegner, wenn er früher selbst geklagt hat, bei dem von Diesem angegangenen Richter als Widerklage eingeleitet werden kann.

II) Wenn in dem angegebenen Falle der Anspruch des Beklagten einen besonderen ausschließenden Gerichtsstand für sich hat, so entsteht keine Kompetenz des Richters, nachdem der Beklagte widergeklagt hat. Der ausschließende Gerichtsstand schließt, schon nach dem Wortlaute seiner Bezeichnung, jeden andern Gerichtsstand aus, und er soll nach der Sache, nicht nach der Person bemessen werden. Folglich ist auch der Gerichtsstand der Widerklage ausgeschlossen; denn die Gesetze über diesen stehen

---

40) Die Richter der privilegirten Sachen haben, wie wir wissen, nur Real-Gerichtsbarkeit.

nicht im Wege, weil sie den inkompetenten Richter bloß über die Person des Hauptklägers kompetent machen.

III) Wenn die Hauptklage bei einem ordentlichen besondern Gerichtsstande angebracht ist, freiwillig oder nothwendig, und die Widerklage als eine solche sich charakterisirt, welche, wenn sie eine gewöhnliche Klage wäre, bei dem Richter des gegnerischen Wohnortes hätte erhoben werden müssen, so wird der Richter der Hauptklage kompetent. Denn derselbe hat auch hier Personal-Gerichtsbarkeit, und die Einrede, daß er nicht speziell über die Person des Hauptklägers kompetent sei, ist gesetzlich verworfen (Nr. I.). Hat der Hauptkläger nothwendig bei diesem Richter geklagt, und es ist also gegen ihn das für den Gerichtsstand der Widerklage behauptete Motiv der Wahl nach L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) nicht anwendbar, so scheint der Fall sich anders zu verhalten, als bei der elektiven Konkurrenz, welche dem Kläger freie Hände läßt; allein wir haben oben (§. 25.) bereits gezeigt, daß dieses Motiv in der angeblichen Ausdehnung nicht Statt finde, und höchstens nur auf die unterlassene Perhorreszenz zu beziehen sei. Diese ist auch bei dem besondern ausschließenden Gerichtsstande zulässig, hat sie also der Kläger nicht gebraucht, so steht ihm allerdings das erwähnte Motiv entgegen.

IV) Wenn unter der gleichen Voraussetzung der Anspruch des Beklagten an einen besondern Gerichtsstand ressortirt, und dieser mit dem Gerichtsstand des Wohnortes elektiv konkurrirt, so wird der Richter der Hauptklage kompetent, aus den unter Nr. I. angeführten Gründen.

V) Ist dagegen in diesem Falle der Gerichtsstand für den Anspruch des Beklagten ausschließend, so wird der Richter der Hauptklage nicht kompetent. Die Gründe sind unter Nr. II. vorgekommen. Hierher gehört auch der Fall wenn der Anspruch, welcher bei einem gewissen Richter A. durch eine Widerklage geltend gemacht werden soll, mit einer bei einem andern Richter B. anhängigen Streitsache in einem solchen Zusammenhange steht, daß er ohne Nachtheil nicht von ihr getrennt werden kann. Wir nehmen

an, daß der Anspruch unter diesen Umständen ausschließend an den Richter B. ressortire, und also nur bei diesem als Nebensache, Einrede oder auch als Widerklagepunkt aufkommen, aber nicht bei dem Richter A. mit einer Widerklage verfolgt werden könne [41]).

VI) Wenn der Anspruch des Beklagten zwar einen ausschließenden besonderen Gerichtsstand für sich hat, der Richter der Hauptklage aber darüber zufällig bereits kompetent, ist weil z. B. der Gegenstand in seinem Bezirke liegt, so kann bei ihm widergeklagt werden. Diese ursprüngliche Kompetenz wird aber hier nicht erst durch die Einkleidung des Anspruchs in eine Widerklage konstituirt.

Endlich ist uns noch der *ausserordentliche dingliche* Gerichtsstand übrig. Wenn die Hauptklage einen solchen (bei einem Gerichte zweiter oder dritter Instanz) für sich hat, und dort anhängig ist, die Widerklage aber in dem Falle, daß sie eine gewöhnliche Klage wäre, an ein Gericht erster Instanz ressortiren würde, so bleibt das Gericht der Hauptklage über den Widerbeklagten inkompetent. Befreit nämlich das Gesetz oder die Praxis in einzelnen Fällen den *Kläger* von der regelmäßigen Verbindlichkeit, seinen oder seine Gegner bei einem Gerichte erster Instanz zu belangen, und wird ihm ausnahmsweise aus Gunst das Recht verliehen, ein höheres Gericht sogleich anzugehen; so kann der *Beklagte* für seinen *in andern Verhältnissen befangenen* Anspruch bloß aus dem Grunde, weil er mit dem Andern in Berührung geräth, nicht ein gleiches Recht ansprechen, und eine Reziprozität oder Repressalie nicht ausüben, da die der klägerischen Forderung zur Seite stehenden Zustände bei der seinigen weder vorhanden sind, noch übertragen werden können [42]). Auch

---

41) *Fischer* in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. *Wagner*. Jahrg. 1827. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 125.

42) Die Rechtsgleichheit der Parteien ist immer von gleichen Verhältnissen und Voraussetzungen abhängig (§. 7. Nr. IV.) L. 41.

darf eine Begünstigung des Klägers nicht zu seinem Nachtheil ausgelegt werden, so daß er das Nämliche leiden müßte, was er Andern anthuen kann [43]). Jene Befreiung ist eine Abweichung vom gewöhnlichen Rechtsgange und sogar eine Störung desselben, sie darf sohin nicht ausdehnend, oder weiter, als die Verleihung lautet, verstanden und genommen werden [44]). Hier tritt ein analoges Verhältniß, wie bei den Privilegien, ein [45]). Zwar läßt sich mit einigem Scheine sagen, die Anbringung der Klage bei einer höhern Instanz sei für den Hauptbeklagten eine Last, weil er eine Instanz verliere, und folglich müsse auch der Hauptkläger, als Widerbeklagter, den Verlust einer Instanz sich gefallen lassen [46]), und der Hauptbeklagte, als Widerkläger, einen seinem Schaden entsprechenden Vortheil haben [47]). Allein 1) der Verlust der unteren Instanz ist bereits ausgeglichen, indem derselbe bei der Hauptklage beiden Parteien gleichmäßig entgeht; 2) das Beklagtwerden bei einer höheren Instanz bringt schon seinen Vortheil mit sich, und ist nicht unbedingt eine Last, weil der Prozeß früher zu Ende geht, der Gegner weniger appelliren kann, und ein günstiges Urtheil eher rechtskräftig wird; 3) endlich sind sowohl die Worte der Gesetze über die Widerklage nicht entscheidend, als die Absichten der Gesetzgeber der prätendirten Reziprozität entgegen. Denn was die Worte

---

Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 32. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

43) Cap. 61. de reg. jur. in VI. (5. 13.): „Quod ob gratiam alicujus conceditur, non est in ejus dispendium retorquendum.“

44) L. 14. Dig. de legib. (1. 3) L. 3. Dig. de constit. princip. (1. 4.) Cap. 74. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

45) Linde in d. Zeitschrift f. Civilrecht u. Prozeß. Bd. I. Nr. III. S. 59. Sartorius im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XVIII. Nr. X. S. 240 f.

46) Tit. Dig. quod quisq. jur. (2. 2.)

47) Cap. 60. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

angeht, finden wir in den Gesetzen diesen Fall gar nicht berührt, wir müssen also bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen stehen bleiben. Was aber die Absichten der Gesetzgeber betrifft, dachten sie gewiß nicht an diesen ungewöhnlichen Fall, und hatten bloß ein regelmäßiges Auftreten bei Gerichten erster Instanz im Auge [48]).

§. 28.

Mit den von uns im vorigen §. aufgestellten Behauptungen, insbesondere unter Nr. III. IV. VI. steht ein von Faber [1]) aufgestellter Satz im Widerspruche. Diesen Schriftsteller müssen wir sofort dem Leser vorführen, und widerlegen. Derselbe lehrt nämlich, ein mit einer dinglichen Klage Belangter könne niemals widerklagen. Hier folgen seine Gründe im freien Auszug:

„1) Für zwei verschiedene Klagen konnte es bei den Römern nicht das nämliche judicium geben. Bei dem Prätor war das Verleihen einer Klage und eines judicium nur eine und die nämliche Handlung; so viele Klagen, so viele judicia; hatte er also zwei Klagen gegeben, so mußten auch zwei judicia verliehen sein; — ein Verhältniß, das sich mit der Identität des Prozesses bei der Widerklage (§. 2.) schlechterdings nicht verträgt. Eine erst nach Annahme des judicium erhobene Klage des Beklagten konnte ohnehin nicht mehr aufkommen, und in das angenommene judicium nicht mehr gemischt werden; wollte der Beklagte unter solchen Umständen klagen, so mußte er den Prätor um ein neues judicium bitten („„alia interpellatione opus est““) [2]). Zwar sagt Paulus in der L. 22. Dig. de judiciis (5. 1. s. oben §. 7. Nr. IX.): „„Qui non

---

48) L. 3. 4. 5. 6. 10. Dig. de legib. (1. 3.) L. 64. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 45. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

1) Conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 8.

2) L. 23. Dig. de judiciis. (5. 1.)

cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, et ad eundem judicem mitti"; Paulus spricht aber hier von Verschiedenheit der Klagen, und folglich auch der judicia, die selbst bei dem nämlichen Richter Statt finden kann, indem das idem judicium etwas ganz Anderes ist, als der idem judex (§. 4. Note 11.). Wenn aber auch dieses Gesetz von der Widerklage handeln sollte, so könnte es doch nur auf einen mit einer persönlichen Klage Belangten verstanden werden, wegen des Ausdrucks: „„excipere actiones"", denn um diesen Begriff zu erfüllen, muß der excipiens an seiner Person ergriffen sein. Bei der dinglichen Klage aber ist bloß die Sache angesprochen, es ist keine beklagte Person vorhanden, von welcher man sagen könnte: „„excipit actionem."" Ferner wird man bloß bei persönlichen Klagen zur Annahme derselben gezwungen (Note 4); mithin läßt sich der Ausdruck: „„cogitur excipere actiones,"" nicht von dem dinglich Beklagten verstehen. Gibt man auch immerhin zu, daß ehemals bei den Römern, im Falle persönlicher Hauptklagen, Widerklagen zulässig gewesen seien, so darf man hieraus nicht auf die Zulässigkeit der letzteren bei dinglichen Klagen schließen. Denn widerklagen kann nur der Beklagte (§. 15.) — die Widerklage ist ja, ihrem Begriffe zufolge, die Klage eines Beklagten (§. 2.) — bei der dinglichen Klage aber (es wird wiederholt darauf aufmerksam gemacht) ist nicht eine Person, sondern eine Sache ohne persönliche Rechte beklagt [3]); es ist also auch keine Person zur Widerklage aktiv legitimirt, und die unpersönliche und nichtaktive Sache, wenn sie auch passiv einer Klage unterliegt, kann nicht selbst einen Angriff bethätigen und widerklagen. Die aktive Legitimation zur

3) L. 7. pr. Dig. de public. et vectig. (39. 4.) L. 19. Dig. de jure fisci. (49. 14.) L. 3. Cod. de anon. et tribut. (10. 16.)

Widerklage setzt immer eine Klagefähigkeit überhaupt voraus (§. 16), welche den Sachen mangelt."

„2) Nach der Meinung der Rechtslehrer ist Begünstigung der beklagten Person der (oder wenigstens ein) Grund, aus welchem die Widerklage eingeführt wurde. Da nun aber, wenn man der obigen Lehre folgt, bei dinglichen Klagen die Sache, nicht eine Person, beklagt ist, so wird letztere der erwähnten, nur an Personen vergabten, Begünstigung nicht theilhaftig, und da der Grund und das Subjekt des Rechtes wegfallen, so muß auch das Recht selbst verloren gehen."

„3) Wollte man aber auch eine beklagte Person annehmen, so wäre sie doch nur von ihrer Seite freiwillig beklagt, da Niemand gezwungen ist, eine dingliche Klage anzunehmen [4]). Folglich darf man ihr aber auch keinen Vortheil (das Recht der Widerklage) zuwenden, weil demjenigen nicht geholfen wird, welcher sich selbst in eine Gefahr begeben, und sich einer Nothwendigkeit unterworfen hat [5])."

„4) Bei der Eigenthumsklage kann es nicht geschehen, daß der Beklagte unterliegt, ohne als Usurpator (praedo) oder in bösem Glauben befangen zu erscheinen, wenn er auch Anfangs im guten Glauben stand, weil er doch seit der ihm mitgetheilten und von ihm beantworteten Klage wissen muß (?), daß die Sache nicht ihm gehört [6]). Es ist also kein Grund da, ihn zur Widerklage zuzulassen. Denn sonst müßte man gar am Ende noch Diebe und unredliche Besitzer, die sich des Besitzes böswillig entschlagen

---

4) L. 80. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 156. pr. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

5) L. 7. §. 1. Dig. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 2. §. 7. Dig. si quis caution. (2. 11.) L. 3. §. 6. Dig. de SC. Silan. (29. 5.) Cap. 27. 86. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

6) L. 25. §. 7. Dig. de hered. petit. (5. 3.) L. 2. Cod. de fruct. et lit. expens. (7. 51.)

haben, zulassen [7]). Dieses wäre aber absurd und unbillig, weil rechtlich Niemand durch seine Ungerechtigkeit eine Klage erlangen oder sich einen Vortheil verschaffen kann [8]). Deßhalb ist verordnet, daß weder der wiederbestohlene Dieb noch ein anderer Besitzer in bösem Glauben die actio furti anstellen kann, obgleich er ein Interesse hat, und sonst diese Klage allen Interessenten gegeben zu werden pflegt. Auf ein Interesse, das auf einem schändlichen Grunde beruht, ist keine Rücksicht zu nehmen. Nach diesen Grundsätzen hat also auch Derjenige kein Klagerecht, der eine Sache widerrechtlich vorenthält, d. h. der dinglich Beklagte. Wenn man hier einwendet, daß die Eigenthumsklage auch gegen den Besitzer im guten Glauben, und vielleicht (wie oft die Dinge gehen) von dem Nichteigenthümer gegen den Eigenthümer angestellt wird, so ist zu bemerken, daß diese Klage doch nur dem Eigenthümer gegen den muthmaßlich unredlichen Besitzer zusteht [9]); hat also ein Anderer anders geklagt, so ist seine Klage nichtig und abzuweisen, und somit die Widerklage, welche eine zulässige und zugelassene Klage voraussetzt, verwerflich. Wendet man sich vollends zur L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.), so muß man auch nach ihr dem dinglich Belangten die Widerklage verweigern, a) weil Papinian nur von persönlichen Klagen spricht, b) weil die Widerklage nur „in eodem negotio“ Statt hat, welches Merkmal hier fehlt, c) weil der gesetzliche Grund: „„Cujus in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem — non dedignetur,““ hier wegfällt, denn der Kläger erwählt

---

7) L. 27. pr. Dig. de rei vind. (6. 1.)

8) L. 3. §. 11. Dig. ad exhib. (10. 4.) L. 12. §. 1. L. 15. Dig. de furtis. (47. 2.) L. 134. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

9) L. 36. pr. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 25. pr. Dig. de oblig. et act. (44. 7.) L. 1. pr. §. 3. Cod. ubi in rem actio. (3. 19.) Note 15.

hier nicht den Richter, sondern er klagt gezwungen bei dem Richter der gelegenen Sache, ohne daß eine freiwillige, diesen Gerichtsstand begründende, Handlung von seiner Seite vorausgeht. Bei den persönlichen Klagen muß zwar der Gläubiger bei dem Gerichtsstande des Schuldners klagen, aber nur weil er mit diesem Schuldner N. N. kontrahirt hat; zu dem Kontrahiren aber wurde er nicht gezwungen, diesen Gerichtsstand hat also doch sein Wille mittelbar begründet. Zu Papinian's Zeiten konnte es gar nicht vorkommen, daß die Parteien vor einem Richter gezwungen stritten, denn der Richter wurde von beiden [10]) Theilen gewählt. — Auch nach dem neuesten Rechte Justinian's soll der dinglich Beklagte nicht widerklagen können. Justinian erlaubt nämlich auf den Fall einer Widerklage, den Richter abzulehnen, und einen andern für beide Klagen zu erbitten (§. 24.). Ist nun die dingliche Hauptklage bei dem Richter der gelegenen Sache erhoben, und der Hauptkläger erlangte für die Widerklage einen anderen Richter, so kann doch die dingliche Hauptklage nicht an diesen gezogen werden, weil für dieselbe nur der Richter der gelegenen Sache kompetent ist (§. 27. Note 3.). Nach dem Rechte Justinian's konnte also bei einer dinglichen Klage der Richter für die Widerklage über jene nicht kompetent sein, wenn er nicht schon an sich über ihren Gegenstand, weil derselbe in seinem Bezirke gelegen war, Gewalt hatte. Darin unterstützen uns die Worte „„in eodem negotio““ und „„obnoxius““ (gleichbedeutend mit obligatus): denn eine persönliche Widerklage umfaßt nicht das nämliche negotium, wie die dingliche Hauptklage, und die dingliche Klage geht nicht gegen einen Obligirten [11]), so daß man also aus dem von Justinian für beide Klagen gebrauch-

---

10) Cicero pro Cluentio, cap. 43. L. 47. Dig. de judiciis. (5. 1.)

11) §. 1. Inst. de action. (4. 6.)

ten Worte „„obnoxius““ („„e contrario““ i. e. vicissim obligatus) schließen kann, er habe nur persönliche Klagen im Auge gehabt.“

Bereits haben die Rechtslehrer ausgesprochen und gezeigt, daß diese Gründe Faber's auf lauter Subtilitäten hinauslaufen [12]). Wir haben sohin gewonnenes Spiel, werden uns indessen um eine umständlichere Widerlegung, als wie sie bisher versucht worden ist, bemühen:

1) Daß für zwei Klagen, die zugleich bei dem römischen Magistrate angemeldet wurden, das nämliche judicium angewiesen werden konnte, haben wir bereits oben (§. 4.) zu zeigen gesucht. Mit dem Untergange der judicis datio mußte ohnehin die angebliche Schwierigkeit des nämlichen judicium wegfallen (§. 4. Note 21.). Bei dinglichen Klagen stellen allerdings die Gesetze den Grundsatz auf: res, non persona convenitur; Faber geht aber offenbar zu weit, wenn er deßhalb annimmt, bei dinglichen Klagen sei durchaus keine beklagte Person vorhanden. Die Quellen beziehen vielmehr auch solche Klagen auf Personen, wie folgende Stellen beweisen:

Gaji comment. lib. IV. §. 4: „Sic itaque discretis actionibus certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere — plane odio furum — effectum est, ut — teneantur — quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.“

§. 1. Inst. de action. (4. 6.). „Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt.“

L. un. §. 1. Dig. si quis jus dicenti non obtemp. (2. 3.): — „Si quis rem mobilem vindicari a se passus non est.“

L. 36. pr. Dig. de rei vind. (6. 1.): „Qui pe-

---

12) Stryck dissert. vol. II. disp. XVI. cap. 2. §. 5. Glück: Erläut. d. Pandekt. Th. III. §. 207. Nr. III.

titorio judicio utitur — requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere.“ §. 1. ibid: „Qui in rem convenitur, etiam culpae nomine condemnatur.“

L. 25. pr. Dig. de oblig. et act. (44. 7.) „In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est, qui rem possidet.“

L. 1. Cod. ubi in rem actio. (3. 19.): „In rem actio non contra venditorem, sed contra possidentem competit. L. 2. ibid: „Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in judicio dominum nominare, ut — actoris intentiones excipiat. Si vero — minime hoc, quod dispositum est, facere maluerit: tanquam lite, quae ei ingeritur, — contestata: judex — in possessionem rerum actorem mittere non differet.“ L. 3. ibid: — „Jubemus, in rem actionem adversus possidentem moveri.“

L. 11. pr. Cod. depos. (4. 34.): — „quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens.“

L. 14. Cod. de pignor. et hypoth. (8. 14.): „Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, utrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint, non est incerti juris.“

L. 1. Cod. de donat. (8. 54.) — „potes adversus donatorem in rem actionem exercere.“

Wenn nun also gleich bei dinglichen Klagen die Tendenz (oder das Begehren) des Klägers auf eine Sache gerichtet ist — (so legen wir den Ausdruck aus: res convenitur“ [13]) — wie sie bei persönlichen Klagen auf die Kausalität einer Person geht; so wird doch die Klage dort

13) Vgl. Brissonius de verb. signif. voce „convenire.“

so wenig gegen die Sache selbst, wie hier gegen die Kausalität angestellt, sondern die dingliche Klage geht **gegen** eine Person (den Besitzer), welche den Besitz räumen soll[14]), und **auf** eine Sache. Eine Sache kann man wohl begehren, und nehmen, aber nichts von ihr fordern (rem petere, nicht a re petere), noch mit ihr (wenn gleich über sie) prozessiren (agere). Auch bei dinglichen Klagen ist die Sache bloß Objekt, nicht Subjekt des Prozesses. Würde die Sache als beklagt angenommen, so würde es an einem Gegenstande fehlen, welcher doch bei jedem Rechtsstreite vorhanden sein muß, und mit der beklagten Partei nicht identisch sein oder zusammenfallen kann. Auch bei dinglichen Klagen können die Rollen und Prozeßhandlungen — Antwort, Folgeleistung, Kaution ꝛc. — nur von Vernunftwesen übernommen werden, nicht von Sachen, welchen die Möglichkeit des Bewußtseins und des Widersprechens fehlt[15]). Ein Kläger, der die Rubrik und Bitte seiner Klage gegen das Objekt, als Partei, stellen würde, müßte sich offenbar lächerlich machen, und abgewiesen werden. Obgleich Gajus (comment. lib. IV. §. 87.) sagt: „sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona, cum quo agitur, sive suo nomine, sive alieno aliquis interveniat; tantum enim intenditur rem actoris esse;“ so ist doch damit nicht behauptet, daß es bei der dinglichen Klage keine beklagte Person gebe. Gajus spricht ja selbst von einer „persona ejus, cum quo agitur.“ Der Sinn der Stelle ist der, daß es gleich-

---

14) Ausnahmsweise tritt bei den Rechtsmitteln auf Schutz im Besitze der Besitzer klagend gegen den Nichtbesitzer auf. Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. III. §. 558.

15) Es ist nur eine Ausnahme von der Regel und eine Fiktion, daß die Erbschaft personifizirt wird. **L. 31. §. 1. Dig. de hered. instit. (28. 5.) L. 34. Dig. de adquir. rer. dom. (41. 1.)** Dennoch geht die Erbschaftsklage nicht gegen die Masse, sondern gegen den Besitzer. **L. 9. 10. pr. Dig. de hered. petit. (5. 3.) L. 2. Dig. quor. bonor. (43. 2.)**

giltig sei, wer Besitzer sei, und vielleicht, daß in der intentio der Klage der Name des Beklagten oder seines Prokurators nicht vorkommen müsse, allein die dingliche Klage mußte doch eine Person berühren, und es mußte davon Etwas in der adjudicatio, condemnatio oder sonst vorkommen. Die Sache konnte um so weniger im alten Rechte die ihr von Faber angesonnene Stellung einnehmen, als die condemnatio der formula nicht auf das corpus selbst, sondern auf einen Geldanschlag gestellt wurde [16]), und wie könnte vollends von beklagter Seite prorogirt werden, wenn hier nur eine Sache vorhanden wäre? — Faber (a. a. O. cap. 9.) sucht sich gegen alle Einwürfe zu verschanzen, indem er das „dirigere actionem“ und „exercere actionem,“ so wie die „res rea“ und den „adversarius“ unterscheidet: „Longe aliud est exerceri eas (actiones) contra possessorem, quod non negamus: aliud vero contra eum dirigi aut competere, quod nos negamus. Non diriguntur neque competunt nisi in rem, sed exercentur tamen contra possessorem, cujus solius interest, non etiam ipsius rei de qua agitur, ut res defendatur, quippe quae se ipsam defendere nullo modo potest. — Significamus Titium, si possideat, conveniri non tanquam Titium, qui aliquo jure obligatus sit excipere actionem, sed tanquam possessorem, id est ob hanc rationem formalem, quia possideat. — Proinde — possessor, contra quem actio in rem exercetur, non est reus, sed res ipsa — rea est. — Possessor tamen adversarius est, non res ipsa, quoniam adversarium facit non conventio, sed contradictio, id est, adversarius ille dici debet, non qui convenitur, sed qui actoris intentioni resistit.“ Im Grunde läßt sich dieses Geschwätz auf das von uns oben Gesagte zurückführen, daß die dingliche Klage gegen eine Person und

16) Gaji comment. lib. IV. §. 48.

auf eine Sache gehe, und schon dieß macht dem Hader ein Ende. Daß hier Faber rechts und links mit Sophismen um sich schlage, werden die Leser mit uns leicht einsehen. Ganz gut vertragen sich eine Direktion der Klage auf die Sache, und ein Beklagen der Person, wie unter Anderem aus der actio finium regundorum hervorgeht, obgleich sie eine persönliche ist [17]). Die persönlichen Klagen bezwecken eine Leistung (diriguntur vel competunt in praestationem), die dinglichen ergreifen eine Sache, bei beiden streitet aber der Kläger (exercet actionem) weder mit der Leistung noch mit der Sache, weil sie bloß Objekte und Preise des Streites sind, sondern mit einer Person, und deßhalb ist diese der beklagte Theil. Bei den persönlichen Klagen ist Titius als Obligirter, bei den dinglichen als Besitzer angesprochen, bei beiden also beklagt, und seine Rolle wird durch den Grund der Klage nicht beseitigt. Zwischen dem Gegner (adversarius) des Klägers und dem Beklagten (reus, conventus) finden wir hier vollends gar keinen Unterschied, beide Begriffe sind identisch, und wenn gleich im Kopfe Faber's, doch nie in den Quellen getrennt. Faber beruft sich auf den Fall, wenn Jemand begehrt, in den Besitz einer Sache gesetzt zu werden, ohne einen Beklagten namhaft zu machen [18]); hier, meint er, müsse man doch die Sache offenbar als beklagt gelten lassen, da ja eine beklagte Person nicht vorkomme. Eine namentlich bezeichnete Person ist allerdings nicht vorhanden, aber auch weder eine Klage noch ein Civilprozeß, hier wird bloß auf dem Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit [19]) ein Besitz

---

17) LL. 1. 2. Dig. fin. regund. (10. 1.)

18) L. 3. Cod. de edicto D. Hadr. toll. (6. 33.)

19) L. 1. Dig. de jurisdict. (2. 1.): „Jus dicentis officium latissimum est: nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, judices litigantibus dare.“

gesucht, und der Prozeß geht erst an, wenn eine Person den Besitz sperrt, und so den Andern zur Klage wider sie veranlaßt. „Sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in judicio competenti causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur“ [20]). Im äussersten Falle lassen sich auch Klagen gegen einen unbekannten und jedwelchen Besitzer denken, der, sobald die Sache genommen werden wollte, der Klage entgegentritt, und nun beklagte Partei wird (actiones contra possessorem quemcunque in rem). Hier ist wieder, ungeachtet der unterlassenen Benennung, eine Person (unbestimmt) herausgefordert; der Kläger wirft seinen Handschuh hin, und begehrt, es mit Jedem aufzunehmen, der sich da zeigen, und sich legitimiren wird. — Nimmt sich weiter Niemand der Sache an, so bleibt die Klage ein einseitiger Akt, sie löst sich auf, und das Objekt ist als herrenlos verfallen. — Unwahr ist es, was Faber von der Vertheidigung sagt, daß nämlich die Person nicht sich, sondern die Sache vertheidige. Die Person vertheidigt sich als Besitzer, diese Eigenschaft will sie festhalten, und die Sache ist gerade deßhalb nicht Partei, weil sie, wie Faber selbst zugeben muß, zur Uebernahme der defensiven Parteirolle unfähig ist. Faber wird doch den Besitzer nicht gar am Ende noch zum bloßen Advokaten oder Anwalt der Sache (seiner Klientin!) machen wollen? Es bedurfte von seiner Seite nur noch eines kühnen Rabulistenschrittes, um mitten in diese grandiose Absurdität einzutreten! — Auch aus der L. 80. Dig. de rei vind. (6. 1.) wird ein angeblicher Beweisgrund geschöpft, weil dort verordnet sein soll, wegen einer dinglichen Klage könne Niemand gezwungen werden, Beklagter zu sein, und weil bei einer Klage, die gegen eine Person gehe, dieselbe auch wider ihren Willen zur Rede stehen müsse [21]). Furius

---

20) L. cit. Cod.

21) L. 83. §. 1. Dig. de verb. oblig. (45. 1.)

Anthianus sagt in der angeführten Stelle: „In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, se non possidere, ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri: transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit.“ Wenn also der von dem dinglichen Kläger in Anspruch Genommene den Besitz der Sache leugnet, und ihn dennoch hat, so soll der Kläger in Besitz gesetzt werden, wenn er auch das Eigenthum der Sache nicht bewiesen hat. Dieß ist ganz natürlich; denn hier hat der Beklagte die Sache aufgegeben, dadurch den Prozeß, also auch die Widerklage beseitigt, und die Sache fällt also, bei dem Mangel eines weiteren Prätendenten, an den Kläger, oder auch der Beklagte verliert zur Strafe seiner Lüge den Besitz an den Kläger [22]). Hier wird freilich der Beklagte nicht gezwungen, zu prozessiren, weil er dem Kläger den Besitz nicht streitig macht, wie auch bei der persönlichen Klage, wenn der Beklagte die Verbindlichkeit zur Leistung anerkennt. Prätendirt aber bei der dinglichen Klage der Beklagte für sich den Besitz, so muß er auch wider Willen den Prozeß annehmen, und es ist ausser Zweifel, daß er das beklagte Subjekt, die Sache aber nur das streitige Objekt sei. Selbst das liquide Eigenthumsrecht hebt nicht immer den Prozeß auf, denn bisweilen muß der Kläger den Beklagten erst entschädigen, ehe dieser zur Herausgabe angehalten werden kann [23]). Faber setzt dem Leugnen des Besitzes bei der dinglichen Klage das Leugnen der Schuld bei der persönlichen Klage voraus, und bringt nun verschiedene Wirkungen heraus; allein hier ist keine Analogie, denn durch das Leugnen des Besitzes leugnet man nicht die Richtigkeit des klägerischen Anspruches (auf Besitz oder Eigenthum), wie bei dem Leugnen

---

22) Nov. 18. cap. 10.

23) Quistorp: Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. (Leipzig 1793 u. 1798.) Th. II. Bemerk. XXXVI.

der Schuld oder der Obligation, sondern man stellt sich als den unrechten Beklagten hin, und gibt die Sache preis. Nun treten freilich verschiedene Folgen ein, nicht aber weil in dem ersten Falle die Sache, und in dem zweiten die Person beklagt ist, sondern weil in jedem dieser Fälle die beklagte Person sich anders benommen hat. Eine Analogie des Benehmens ist dann vorhanden, wenn bei einer dinglichen Klage der Beklagte die Berechtigung des Klägers zum Besitz oder zum Eigenthum (jenen oder letzteres für sich begehrend) und bei einer persönlichen Klage dessen Berechtigung zur Forderung widerspricht; nunmehr treten auch analoge Folgen ein, denn in beiden Fällen muß der Beklagte auch wider Willen Beklagter bleiben. — Endlich geräth Faber auch auf den unglücklichen Gedanken, zu behaupten, bei dinglichen Klagen sei die Sache deßwegen beklagt, weil der Kläger regelmäßig immer dem Gerichtsstande des Beklagten folgen müsse, und bei der dinglichen Klage der Gerichtsstand, wo die Sache sich aufhalte (!), begründet sei. Er gibt also den Richter der gelegenen Sache für einen Richter des Wohnortes der Sache aus, nicht bedenkend, daß eine Wohnung nur die mögliche Eigenschaft einer Person sei, da Aufenthalt und Gelegensein zweierlei Dinge sind, die Wohnung die Absicht, an einem Orte einen festen Sitz und eine bleibende Stätte haben zu wollen, voraussetzt [24]), und Sachen, wie z. B. Häuser, zwar bewohnt werden, aber nicht selbst wohnen und hausen [25]).

---

24) L. 7. Cod. de incolis. (10. 39.): — „Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque et fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet: unde cum profectus sit, peregrinari videtur: quod si rediit, peregrinari jam destitit.“

25) Der Begriff des Wohnortes hängt mit dem des Gerichtssprengels (territorium) zusammen, indem der ordentliche Richter des Beklagten derjenige ist, in dessen Sprengel jener wohnt.

2) Der Grund, daß die Widerklage zur persönlichen Begünstigung des Beklagten eingeführt sei, und also einer unpersönlichen beklagten Sache nicht zustehe, fällt von selbst zusammen, nachdem bewiesen ist, daß auch bei dinglichen Klagen Personen beklagt sind. Uebrigens wurde, wie Faber [26]) selbst lehrt, die Widerklage nicht sowohl zur Begünstigung des Beklagten, als des gemeinen Beßtens wegen eingeführt (§. 3.)

3) Auch der Umstand, daß bei dinglichen Klagen die Person, wenn man sie als beklagt annimmt, als freiwillige Partei erscheine, ist unter Nr. 1. beleuchtet worden. Bei jeder Klage, sie sei dinglich oder persönlich, ist des Beklagten Rolle soferne nicht absolut erzwungen, als er durch Aufgebung alles Widerspruches und Befriedigung des Klägers sich ausser Prozeß setzen kann, und sie ist soferne hypothetisch nothwendig, als der Beklagte, wenn er jene Folgsamkeit nicht bethätigt, den Prozeß aufnehmen muß. Es kann also hier gar kein Grund gefunden werden, bei dinglichen Klagen dem Beklagten die Widerklage zu entziehen, und sie ihm bei persönlichen zuzugestehen. Die von Faber angeführten Gesetzanalogieen aber passen nicht, da wir über die Widerklage spezielle Gesetze haben, so daß die Analogie gar nicht an die Reihe der Anwendung kommen kann [27]).

4) Die Geschichte mit dem bösen Glauben ist ebenfalls etwas Allgemeines; man nimmt ihn bei allen Kla-

---

Nun leitet aber die L. 239. §. S. Dig. de verb. signif. (50. 16.) territorium vom jus terrendi her, setzt also bei dem Wohnorte eine Person voraus; denn gegen Sache kann es gewiß kein jus terrendi geben. — Donellus (lib. XXVII. cap. 17. §. 2.) erläutert den Gerichtsstand der gelegenen Sache ganz natürlich: „Haec, quo in loco est, eodem in loco subjicit possessorem jurisdictioni ejus loci, si tamen de ejus re possessione aut proprietate agatur.“

26) Conjectur. jur. civ. lib. XXII. §. 6. n. 5.

27) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 23.

gen an seit der Zeit, da das erste Dekret oder die Einlassung erfolgte [28]). Deßhalb muß der unterliegende Beklagte dem Kläger Alles leisten, was dieser hätte, wenn er schon zur Zeit der Litiskontestation befriedigt worden wäre [29]). Er muß also z. B. bei der vindicatio nicht nur die vindizirte Hauptsache, und zwar in demjenigen faktischen und rechtlichen Zustande, in welchem sie sich zur Zeit der Litiskontestation befunden hatte, sondern auch alle von der Litiskontestation an gezogenen Früchte [30]), allen Erwerb des vindizirten Sklaven, den partus der Sklavin u. s. w. kurz: die omnis causa [31]) erstatten, und alles Mangelnde wird in der Verurtheilung angeschlagen. Ist die Restitution ganz oder theilweise unmöglich geworden, so treten die gewöhnlichen Grundsätze von dolus, culpa und casus ein [32]), denn der Beklagte wird von der Litiskontestation an als persönlich verbunden betrachtet, sich auf diese Restitution vorzusehen. Eben so verhält sich die Sache

---

28) Linde: a. a. O. §. 200.

29) Keller: üb. Litis-Contestation u. Urtheil. §. 21.

30) Bei fungiblen Sachen vertreten die Zinsen die Stelle der Früchte. L. 51. §. 1. Dig. de heredit. petit. (5. 3.) L. 4. §. 2. fin. regund. (10. 1.) LL. 1. 2. 4. Cod. de usur. et fruct. legat. (6. 47.)

31) Frag. Vatic. §. 17. §. 2. Inst. de officio jud. (4. 17.) L. 17. §. 1. LL. 20. 35. §. 1. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 15. Dig. de usur. (22. 1.) LL. 35. 75. 246. §. 1. Dig. de verb. signif. (50. 16.) L. 22. Cod. de rei vind. (3. 32.)

32) L. 15. §. 3. L. 16. pr. LL. 21. 33. 36. §. 1. LL. 45. 51. 63. Dig. de rei vind. (6. 1.) Die beiden Schulen der Prokulianer und Sabinianer waren indessen hierüber nicht ganz einig. L. 40. pr. Dig. de hered. petit. (5. 3.) L. 16. pr. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. Dig. depos. (16. 3.) L. 8. Dig. de re jud. (42. 1.) L. 5. Dig. de confess. (42. 2.)

bei der dinglichen [33]) hereditatis petitio [34]) und den übrigen in rem actiones, bei welchen es sich um eine Restitution handelt [35]). Dasselbe gilt ferner auch bei allen den actiones in personam, welche ein arbitrium de restituendo enthalten [36]), wie z. B. die actio de dolo, vermuthlich auch die actiones depositi und commodati, wenn letztere in factum konzipirt sind [37]). Da dürfte man also dem Beklagten niemals, selbst nicht bei persönlichen Klagen, die Widerklage gestatten, was den Gesetzen geradezu entgegen wäre. Darin, daß Niemand aus seiner Ungerechtigkeit eine Klage erlangen könne, geben wir Faber ganz Recht, folgern aber hieraus nur, daß Derjenige, welcher kein Klagerecht hat, auch keine Widerklage erheben könne, sei er nun dinglich oder persönlich beklagt (§. 16.). Davon aber handelt es sich hier gar nicht. Wir wollen wissen, ob ein dinglich Beklagter, sei er selbst ein unredlicher Besitzer, ein ihm zustehendes Klagerecht widerklagend verfolgen könne. Dieses bejahen wir. Wenn z. B. B. mit der Vindikation einer angeblich unredlich besessenen Sache von dem A. belangt ist, und an Letzteren eine Forderung hat, so kann er diese widerklagend anbringen (§. 27. Nr. III.), sobald durch Widerspruch des Eigenthums ein Prozeß entstanden ist (post litis contestationem). Man

---

33) L. 25. §. 18. Dig. de hered. petit. (5. 3.)

34) §. 2. Inst. de officio jud. (4. 17.) L. 31. §. 3. L. 25. §. 7. LL. 40. 56. Dig. de hered. petit. (5. 3.) L. 1. §. 1. L. 2. Cod. eod. (3. 31.)

35) L. 5. §. 4. Dig. si ususfruct. pet. (7. 6.) L. 16. §. 4. Dig. de pignor. (20. 1.) L. 19. §. 1. Dig. de usur. (22. 1.) Vgl. L. 8. §. 4. Dig. si serv. vind. (8. 5.)

36) L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. Dig. depos. (16. 3.) L. 2. Dig. de usur. (22. 1.) L. 1. §§. 26. 28. L. 5. §. 1. Dig. si quid in fraud. patr. (38. 5.) L. 10. §. 20. L. 25. §. 4. Dig. quae in fraud. credit. (42. 8.)

37) Gaji comment. lib. IV. §. 47. L. 1. §. 16. Dig. depos. (16. 3.)

wird auch einsehen, daß hier das Klagerecht des B. nicht aus der (übrigens noch illiquiden) Thatsache des ungerechten Besitzes herrührt. Wenn gleich aber auch hier das Klagerecht des B. keine Ungerechtigkeit zur Quelle hat, so erlangt er doch, nach Faber's Vorstellung, durch seine (illiquide) Ungerechtigkeit einen Vortheil, nämlich den, seine Klage als Widerklage anbringen, und sich der Begünstigungen der Widerklage theilhaftig machen zu können. Denn hätte B. den angeblich ungerechten Besitz nicht usurpirt, so hätte ihn A. nicht beklagt, und alsdann hätte auch B. nicht widerklagen können, da jede Widerklage eine Hauptklage voraussetzt. Allein wenn auch durch die Weigerung und den Widerspruch des B. ein Streit aufgekommen ist, so ist doch vor der Hand ungewiß, ob B. den Besitz unredlich ergriffen habe, und die Verurtheilung wäre antizipirt, wenn man sogleich die Unredlichkeit annehmen wollte. Zugleich folgt auch der Vortheil der Widerklage nicht aus der möglichen Ungerechtigkeit des B., sondern aus der Thatsache, daß A. geklagt hat, und diese Klage kann sich noch als ganz grundlos ergeben. Denkbar ist es immer, und es kann sogar wahrscheinlich sein, daß B. durch eine ungerechte Handlung den A. zu einer Klage veranlaßt, d. h. daß er wirklich den Besitz widerrechtlich ergriffen hat; allein dieß ist noch keineswegs ausgemacht, und A. kann leicht böslich oder irrig geklagt haben. Faber's übereilte Folgerung führt zu einer völligen Vernichtung des Widerklagerechtes überhaupt; denn jeder Kläger beschuldigt seinen Gegner einer Ungerechtigkeit; würde er diesen als gerecht anerkennen, so würde er keinen Grund zur Klage haben. Man kann sich doch in aller Welt nicht über eine Gerechtigkeit beklagen, und Jeder weiß, daß alle Prozesse durch wahre oder angebliche Rechtsverletzungen hervorgerufen werden. Bei allen Klagen kann also und scheint sogar der Beklagte den Streit durch ein Unrecht veranlaßt, und auf einem schlechten Wege mittelbar die Widerklage erlangt zu haben; dennoch kann man ihm den Vortheil nicht sperren, weil die fragliche Ungerechtigkeit

noch unerwiesen ist, und vielmehr das Begehren des Klägers ungerecht sein kann [38]). Beschreiten wir nur das Feld der Obligation, so werden wir dieß leicht einsehen. Der Schuldner eines Darlehens wird beklagt, weil er angeblich widerrechtlicher Weise die Zahlung verweigert, und doch darf er, nach eingelegtem Widerspruche der illiquiden Klage, widerklagen. Auch hier ist es möglich, daß er die Widerklage mittelbar durch eine Unredlichkeit erlangt hat; sie wird ihm aber gestattet, weil er weder geständig, noch überwiesen, noch überwunden ist. So ist es nun auch bei der dinglichen Klage, und Faber handelt unrecht, wenn er Gesetze herbeizieht, die eine liquide Rechtsverletzung voraussetzen. Man kann nicht einmal mit Grund behaupten, daß der dingliche Kläger seinen Gegner einer größeren Ungerechtigkeit beschuldige, als der persönliche, was übrigens nur einen Unterschied des Grades, nicht des Wesens machen würde. Bei der actio pignoratitia in rem und bei der actio Serviana behauptet der Kläger gar nicht, daß der Beklagte das Pfand widerrechtlich besitze, weil dieser (ausser dem Falle eines Faustpfandes oder einer aussergerichtlichen Mahnung) die verpfändete Sache bis zur Klage besitzen durfte; die prekäre Ungerechtigkeit fängt erst mit dem Leugnen der Klage an, während bei Darlehen schon vor der Klage durch Behalten des Geldes über die Verfallzeit hinaus der Schuldner in dolus verfallen zu sein scheint. Ueberhaupt aber wenn wir auch bei dem Beklagten nach der Litiskontestation den bösen Glauben annehmen, dürfen wir doch Jenen deßwegen nicht in eine verschlimmerte Lage versetzen; denn Paulus sagt in L. 86. Dig. de reg. jur. (50. 17.): „Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non: sed plerumque melior;“ und in L. 87. ibid: „Nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit.“ Nun würde zwar die Unmöglichkeit,

38) Eine Ausnahme bei Delikten (§. 37. Nr. VI.)

nach der Litiskontestation widerzuklagen, keine Verschlimmerung der früheren Lage in sich schließen, wenn man annimmt, daß vor der Litiskontestation eine Widerklage nicht erhoben werden kann; es würde vielmehr lediglich bei dem Alten bleiben; aber gerade dieß soll nach den Gesetzen in der Regel („plerumque") nicht Statt finden, der Beklagte soll besser daran sein, und hiermit stimmt es ganz wohl überein, daß ihm nach der Litiskontestation das Recht zur Widerklage erwächst. — Daß Papinian oder Justinian nach der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) nur von persönlichen Klagen spreche, geht aus dem Gesetze nicht hervor. Es wird noch unten (§. 34.) bewiesen werden, daß der Ausdruck „ex eodem negotio" nicht auf den Klagegrund gehe, sondern die Identität des Prozesses bezeichne. Auffallend ist es bei der von Faber versuchten Auslegung der Worte, daß er, welcher doch so stark ist, gleichbedeutenden Worten (dirigere und exercere actionem, reus und adversarius) wesentliche Unterschiede anzusinnen, die Worte obnoxius und obligatus völlig identifizirt, und daß er sofort die Widerklage, weil in einem Gesetze über dieselbe der Hauptkläger obnoxius genannt wird, nur auf Obligationen bezieht. Obnoxius ist ein allgemeiner Ausdruck, der von Sachen und überhaupt von Beklagten und zu Beklagenden gebraucht wird [39]). Was aber weiter das justinianeische Recht angeht, so ist sowohl bei persönlichen als dinglichen Klagen die Kompensation zugelassen. In §. 30. Inst. de action. (4. 6.) heißt es: „Sed nostra constitutio easdem compensationes latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque." Papinian erklärt in der L. 48. Dig. de

---

39) Caji Visigoth. Instit. lib. I. tit. 1. §. 5. L. 13. §. 3. Cod. de judiciis. (3. 1.) L. 3. Cod. de lege Aquil. (3. 35.) L. 6. Cod. quae res pign. (7. 51.). Vgl. auch Gellii noctes Atticae. lib. VII. cap. 17.

rei vind. (6. 1.) die Kompensation auch bei Gelegenheit der dinglichen Klagen als statthaft, und in der L. 14. pr. Cod. de compens. (4. 31.) sagt Justinian: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.“ Wäre bei der dinglichen Klage keine beklagte Person, so könnte auch die Kompensation nicht geltend gemacht werden, weil diese immer einen Schuldner voraussetzt, der zugleich Gläubiger ist, und der Zulässigkeit der Kompensation liegt die Analogie der Widerklage sehr nahe. — Die von Faber versuchte Beweisführung, daß, wenn der Beklagte durch Perhorreszenz für seine Klage einen neuen Richter erlangt habe, die dingliche Klage an diesen nicht gezogen werden könne, und also die Klagen in zwei Prozessen und vor zwei Richtern behandelt werden müssen, läßt wenigstens für den Fall der unterlassenen Ablehnung des Richters die Widerklage stehen. Uebrigens hängt die Lösung dieser Angelegenheit von der Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes der gelegenen Sache und von dem Umstande ab, ob der neue Richter über den Gegenstand Gerichtsbarkeit habe. Ein „invicem petere“ wird in der L. 15. Dig. de except. rei jud. (44. 2.) auch bei dinglichen Erbschaftsstreitigkeiten zugelassen. — Damit genug der Gründe und der Worte, um unsern Gegner zu widerlegen.

§. 29.

Wenn gleich die Inkompetenz des Richters hinsichtlich des Gegenstandes durch den Gerichtsstand der Widerklage nicht aufgehoben wird, so ist doch die Wirkung dieses Gerichtsstandes hinsichtlich der Person des Widerbeklagten so stark, daß dieser beinahe unter allen Verhältnissen unter den Richter, bei welchem widergeklagt wurde, zu stehen kommt. So können z. B. Ausländer vor dem inländischen Richter mit Widerklagen belangt werden, wenn sie bei demselben geklagt haben. Auch werden persönliche Privilegien durch diesen Gerichtsstand überwun-

den. Bekanntlich sind gewisse Personen den gewöhnlichen Untergerichten entzogen, und müssen bei eigenen Gerichten (meistens höherer Instanz) beklagt werden. Dieß ist der befreite oder privilegirte Gerichtsstand der Personen, welcher an die Stelle des allgemeinen Gerichtes des Wohnortes tritt, und dessen Eigenschaften annimmt. Gleich diesem wird er daher regelmäßig von dem Gerichtsstande der Widerklage absorbirt, so daß ein Privilegirter, wenn er mit einer Hauptklage aufgetreten ist, vor dem durch ihn implorirten Richter auf die gegnerische Widerklage sich einlassen muß, ohne sich auf sein Privilegium wirksam berufen zu können, und ungeachtet daß er als gewöhnlicher Beklagter diesem Richter nicht unterworfen ist [1]).

Eine besondere Bewandniß hat es mit den Geistlichen. Wir werden zuerst von den Katholiken handeln.

Es ist streitig, ob eine geistliche Person katholischer Konfession in einem Prozesse, der bei einem weltlichen Richter anhängig, und in welchem ein Laie ihr beklagter Gegner ist, durch Berufung auf ihren privilegirten Gerichtsstand und durch Vorschützung der Einrede der Inkompetenz die Widerklage von sich abwehren könne, unter der Voraussetzung, daß nur der Streitgegenstand kein von der weltlichen Gerichtsbarkeit eximirter, rein geistlicher ist [2]).

---

1) Stryck dissert. vol. II. disp. XVI. cap. 3. §. 7. Müller promptuar. juris; voce „reconventio," n. 2. 3. 4. Martin: Lehrb. d. Proz. §. 56. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 95.

2) Fabri conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 7. Perez praelect. in Cod. lib. VII. tit. 45. n. 19. Müller promptuar. jur. l. c. n. 2. Glück: Erläut. d. Pandekt. Th. III. §. 207. Nr. IV. Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 131.

Schon bei dem Aufkommen der ersten Christengemeinden hatten, unter dem Einflusse der Bibel [3]), die Bischöfe ein Schiedsrichteramt ausgeübt [4]). Die römischen Kaiser fingen an, die geistliche Gerichtsbarkeit auszubilden [5]); Justinian ertheilte den Kloster- und Weltgeistlichen die Exemtion von den weltlichen Richtern und den privilegir-

---

3) Paulus I. Kor. VI. 4. 5.: „Ihr aber, wenn ihr über zeitliche Güter Sachen habt, so nehmet ihr die, so bei der Gemeinde verachtet sind, und setzet sie zu Richtern. — Euch zur Schande muß ich das sagen. Ist so gar kein Weiser unter euch? Oder doch nicht Einer, der da könnte richten zwischen Bruder und Bruder?"

4) Eichhorn: teutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. Th. I. §. 185. Walter: Lehrb. d. Kirchenrechts. §. 188. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 60. Bethmann-Hollweg: Handb. d. Civilproz. Abth. I. Bd. I. §. 12.

5) L. 1. Cod. Theod. de religione. (16. 11.) Impp. Arcadius et Honorius A. A. Apollodoro, proc. Africae: „Quoties de religione agitur, episcopos convenit judicare: ceteras vero causas, quae ad ordinarios cognitores vel ad usum publici juris pertinent, legibus oportet audiri." (399.) — Nov. Valentiniani III. lib. 2. tit. 35 pr. „Cum inter clericos jurgium vertitur, et ipsis litigatoribus convenit, habeat episcopus licentiam judicandi praeeunte tamen vinculo compromissi. Quod et laicis, si consentiant, auctoritas nostra permittit. Aliter eos judices esse non patimur, nisi voluntas jurgantium interposita, sicut dictum est, conditione praecedat, quoniam constat, episcopos et presbyteros forum legibus non habere, nec de aliis causis, secundum Arcadii et Honorii divalia constituta, quae Theodosianum corpus ostendit, praeter religionem posse cognoscere. Si ambo ejusdem officii litigatores nolint, vel alteruter, agant publicis legibus et jure communi: sin vero petitor laicus, seu in civili, seu in criminali causa, cujuslibet loci clericum, adversarium suum, si id magis eligat, per auctoritatem legitimam in publico judicio respondere compellat." (452) L. 25. Cod. de episcop. et cler. (1. 3.) LL. 7. 8. 13. Cod. de episcop. aud. (1. 4.)

ten Gerichtsstand vor ihren geistlichen Obern [6]). Demnach konnte der Geistliche, wenn er vor dem weltlichen Richter beklagt wurde, mit seinem Privilegium sich schützen [7]). In dem Falle, wenn ein Geistlicher widerbeklagt ist, scheint besonders die L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) eine Kollision herbeizuführen, weil sie ganz allgemein verordnet: „nulla opponenda exceptione, quod non competens judex agendis esse cognoscatur.“ Auf die L. 22. Dig. de judiciis (5. 1.) legen wir keinen besondern Werth, da ihr Sinn bereits erörtert wurde (§. 7. Nr. IX.), eben so wenig auf die Auth. Et consequenter, Cod. de sent. et interloc. (7. 45.), weil sie ein bloßer Auszug aus dem angeführten Gesetze des Kodex ist. Dieses Gesetz ist älter, als die Novellen, welche von dem geistlichen Gerichtsstande handeln (Note 6.), und wenn man bloß hierauf sehen wollte, würden sie also jenem vorgehen. Allein die Novellen sind doch auch spezielle Gesetze, durch welche ein Privilegium verliehen wird, und können, wenn auch immer die species dem genus derogirt [8]), und das Besondere im Allgemeinen enthalten ist [9]), nur beschränkt ausgelegt werden; folglich kann man das Privilegium bloß auf den ganz gewöhnlichen Fall beziehen, in welchem ein Geistlicher von einem Laien mit einer Klage belangt wird; den Fall einer Widerklage, als einen außergewöhnlichen, muß man ausschließen, und die bei derselben verordnete Regel eintreten lassen. Hält man einmal an den Grundsätzen fest: „generi per speciem

---

6) L. 29. Cod. de episcop. aud. (1. 4.) Nov. 79. 83. pr. 86. cap. 7. Nov. 123. cap. 8. 21—23. Auth. Causa quae fit cum monacho, et Clericus quoque, Cod. de episcop. et cler. (1. 3.)

7) L. 5. Dig. de judiciis. (5. 1.)

8) L. 41. Dig. de poenis. (48. 19.) L. 80. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 34. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

9) L. 147. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

derogatur," — „semper specialia generalibus insunt," so lassen auch diese für die letztere Meinung sich benützen. Nämlich auch die Gesetze über die Widerklage, namentlich hier unsere L. 14. Cod., sind soferne speziell, als sie eine einzelne Klageform zum Gegenstande haben; dagegen können relativ gerade die Stellen über den Gerichtsstand der Geistlichen als generelle betrachtet werden, weil sie diesen im Allgemeinen für alle Fälle des Beklagtwerdens festsetzen. Nach den obigen Grundsätzen neigt sich daher der Sieg auf Seite der ersteren Gesetze; das Privilegium fällt bei der Widerklage hinweg. Weit verläßiger ist indessen hier die Auslegung nach dem muthmaßlichen Willen des Gesetzgebers. Justinian hat eine eigene Verordnung erlassen, in welcher er mit den bestimmtesten Ausdrücken der Einrede des inkompetenten Richters bei der Widerklage alle Wirkung absprach. Hätte er davon für geistliche Personen in seinen Novellen eine Ausnahme machen wollen, so würde er diese Ausnahme bestimmt aufgestellt, und die Widerklage namentlich erwähnt haben. Sicher dachte der Kaiser bei seinen Novellen entweder gar nicht an die Widerklage, wie man überhaupt, wenn man an die Klage denkt, nicht immer die Widerklage in Betrachtung zieht, oder er setzte voraus, daß die desfalls getroffenen Bestimmungen auch bei Geistlichen einzutreten hätten, wie es bisher der Fall gewesen sein mußte. Unter beiden Gesichtspunkten ist anzunehmen, daß die Einrede der Inkompetenz bei der Widerklage auch von Seite geistlicher Personen ohne Erfolg ist, da in die Gesetze keine Anordnungen hineingetragen werden dürfen, welche der Gesetzgeber nicht im Sinne hatte, oder von welchen er sogar das Gegentheil beabsichtigte. Ueberdieß sprach Justinian in der Nov. 96. cap. 2. (§. 8.) nochmals die Identität des Richters in Beziehung auf Klage und Widerklage aus. Eine Authentike Friedrich's, Statuimus Cod. de episcop. et cler. (1. 3.), die den privilegirten Gerichtsstand der Geistlichen lediglich bestätigt, hebt, bei ihrer allgemeinen Fassung und ihrem Schweigen von der Widerklage,

diese Novelle für den geistlichen Stand nicht auf. Die Nov. 123. cap. 25. steht vollends nicht im Wege; denn darin ist nur verordnet, daß die „apocrisiarii“ (päpstliche Gesandte, Vertreter der Kirchen [10]) bei allen Klagen mit einer Vollmacht versehen sein sollen, und daß gegen sie eine allenfallsige Widerklage bei der Beantwortung der Klage zu erheben sei.

Noch sind aber nicht alle Schwierigkeiten und Gegengründe beseitigt. Die gegentheilige Meinung wird besonders auf die den Geistlichen angesonnene Unmöglichkeit eines rechtsgiltigen Verzichtes auf den geistlichen Richter gegründet.

Nach römischem Rechte [11]) konnten die Parteien, selbst in Rücksicht des Vorrechts ganzer Stände, auf ihren ordentlichen Richter verzichten, und ihren Streit anderswo ausfechten. Auf dieser Erlaubniß beruht die Prorogation. Vor dem ordentlichen Richter zu prozessiren, ist nur ein Recht, keine Verbindlichkeit der Parteien; als solches wird es noch in den modernen Verfassungs-Urkunden angesehen, wenn sie bestimmen: Niemand darf seinem ordentlichen Richter entzogen werden; denn dieß ist dahin zu verstehen, daß die Parteien nicht wider ihren Willen vor andere Richter gezogen werden sollen, sie selbst können immerhin freiwillig dem ordentlichen Richter sich entziehen, und sind demselben mit ihren Prozessen keineswegs so unbedingt verfallen, daß er befugt ist, ihre Rechtshändel als Gegenstände einer Anwartschaft oder eines Bannrechtes zu vindiziren [12]). Der privilegirte Gerichtsstand aber ist ganz gleich zu beurtheilen, weil er bei den ihn genießenden Personen an die Stelle des ordentlichen tritt [13]), oder vielmehr

---

10) Walter: Lehrb. d. Kirchenrechts. §. 142.

11) L. 29. Cod. de pactis. (2. 3.) Nov. 136. cap. 1.

12) Prozeß-Ordnung f. d. Großherz. Baden v. 1831. §. 32.

13) Linde: Lehrb. des Civilproz. §. 97.

dieser selbst ist, und noch hinzukommt, daß Privilegien nicht aufgenöthigt werden, sondern dem Verzichte unterliegen [14]).

Auch insbesondere die Geistlichen durften nach römischen Rechte von dem geistlichen Richter abgehen. Wir haben hierüber zwei Verordnungen Justinian's: L. 51. Cod. de episcop et cler. (1. 3.): „Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit, non usurum fori praescriptione propter sacerdotii praerogativam: sancimus non licere ei adversus sua pacta venire et contrahentes decipere: cum regula sit juris antiqui: omnes licentiam habere, his quae pro se indulta sunt renunciare. Quam generalem legem in omnibus casibus obtinere sancimus, qui necdum per judicialem sententiam vel amicabilem compositionem sopiti sunt." L. 29. Cod. de pactis. (2. 3.): „Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usurum fori praescriptione propter cingulum militiae suae, vel dignitatis, vel etiam sacerdotii praerogativam, licet antea dubitabatur: si oporteret eandem scripturam tenere: et eum, qui hoc pactus est, non debere, adversus suam conventionem venire, vel licentiam ei praestare, discedere quidem ab scriptura, suo autem jure uti: sancimus, nemini licere adversus pacta sua venire, et contrahentes decipere. Si enim et ipso praetoris edicto [15]) pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt [16]): quare et in hac causa pacta non valeant: cum alia sit regula juris antiqui, omnes licentiam habere, his quae pro se indulta sunt, recunciare?

---

14) Cap. 6. X. de privileg. (5. 33.)

15) L. 7. §. 7. Dig. de pactis. (2. 14.)

16) Müller promptuar. jur. voce „renuntiatio." n. 31. seqq.

Omnes itaque judices nostri hoc in litibus observent, et hujusmodi observatio et ad pedaneos judices, et ad compromissarios, et arbitros electos perveniat: scituri, quod si neglexerint, etiam litem suam facere intelligantur.“ Hierzu gehört die ausführliche Gloſſe Gothofreds: „Foro quisque in suo conveniendus. Forum peculiare sortimur ratione militiae, dignitatis, sacerdotii. Si alio loco convenimur, competit nobis exceptio. — Porro fori praescriptioni renunciat, qui hoc adversario largitur, ubi conventus ab eo fuerit, se ad suum forum vel judicem suum litem non revocaturum. Majus est expresse consentire in quemvis judicem; quam simpliciter polliceri, se ad eum judicem non iturum, ad quem jure possit revocare. Priore casu in quemvis judicem consentitur, posteriore non consentitur, sed in eos tantum, quos judices jure communi haberes, si miles non esses. Itaque in hac hypothesi, tametsi miles non possit revocare adversarium ad judices privilegio datos: non ad quosvis tamen trahetur ab adversario, sed ad eos tantum, quorum esset juris, si donatus privilegio non fuisset.“ Wir führen hier auch die L. 4. §. 1. Cod. de in jus vocando. (2. 2.) auf: „Qui libellum accepit, etiam si in aliud officium translatus sit, miles forte vel clericus factus, respondeat omnino in primo foro, quod secundam primam ejus conditionem censetur competens, nullam habens fori praescriptionem.“ Dieſes Geſetz ſpricht übrigens nur von dem Falle, wenn der Beklagte, nach bereits rechtshängig gemachter Klage, erſt in einen privilegirten Stand eintritt; dann ſoll er den Prozeß unter dem bereits angegangenen Richter aushalten, und mit der Einrede der Inkompetenz nicht aufkommen [17]). Ueberhaupt

17) Vgl. Cap. 19. X. de foro compet. (2. 2.) Verord. des Reichstags zu Worms v. 1232. Kap. 2. Kreittmayr: Anmerk. üb. d. Cod. Maximil. bavar. civ. Th. V. Kap. 19. §. 42. Nr. 11. f.

kommt es nach römischem Rechte bei unserer Frage auf einen Verzicht nicht an. Nach den justinianeischen Bestimmungen muß der Widerbeklagte vor dem Gerichte der Hauptklage sich einlassen, er mag nun auf seinen persönlich privilegirten Gerichtsstand verzichten wollen, oder nicht, und er soll, wenn er sein Privilegium mittels der Einrede der Inkompetenz geltend zu machen gedenkt, gar nicht angehört werden (§. 24.). Man muß auch erwägen, daß zur Zeit Justinian's der Gerichtsstand der Geistlichen anders beschaffen war, als in der Folge. Er bestand bloß darin, daß die in der kaiserlichen Residenzstadt wohnenden Glieder des erwähnten Standes bei dem praefectus praetorio, die in den Provinzen aber bei dem praeses oder rector der Prooinz belangt werden sollten [18]). Dieser Gerichtsstand war also noch kein kirchlicher, sondern ein weltlicher, durch welchen der geistliche Stand begünstigt und geachtet werden sollte. Nachher verordnete zwar Justinian [19]), daß Klagen gegen Geistliche bei den Bischöfen des Ortes angebracht werden sollten; er befreite aber weder die Geistlichen von allen weltlichen Gerichtsständen, noch erlangten die Bischöfe ein eigenthümliches und ausschließendes Recht, die Geistlichen zu richten; Justinian verordnete vielmehr ausdrücklich, daß es in gewissen Fällen erlaubt sein solle, Geistliche bei den weltlichen Richtern zu beklagen, und er behielt letzteren das Recht vor, die Entscheidung des Bischofs, wenn eine Partei binnen zehn Tagen Beschwerde dagegen führte, abzuändern oder zu bestätigen, im letzteren Falle auch zu vollziehen [20]). Es läßt sich daher natürlich finden, daß auf diesen privilegirten Gerichtsstand verzichtet werden konnte [21]).

---

18) L. 33. Cod. de episcop. et cler. (1. 3.)

19) Nov. 79. cap. 1. Nov. 83. 123. cap. 21.

20) Nov. 123. cap. 21.

21) Glück: Erläut. d. Pandekt. Th. III. §. 207. Nr. IV.

Reichhaltige und zum Theil eigenthümliche Bestimmungen über die kirchliche Gerichtsbarkeit kommen im kanonischen Rechte vor, welchem wir eine besondere Aufmerksamkeit schenken müssen, weil es vermöge seiner späteren Publikation den Vorzug hat [22]). Schon nach den falschen Dekretalen war der Gerichtsstand der Bischöfe und der übrigen Kleriker bei der Kirche [23]), und wenn gleich im Anfange die Laien nicht verbunden waren, die Geistlichen vor den bischöflichen Gerichten zu belangen [24]) so erhielt doch die Justiz der Bischöfe in der Folge eine immer größere Ausdehnung. In Gratian's Dekret ist der geistlichen Gerichtsbarkeit die causa 11, quaest. 1. de foro competenti et apud quem clerici conveniri possint, gewidmet. Die Geistlichen und Brüder sind nicht nur in ihren Streitigkeiten unter sich angewiesen, die weltlichen Gerichte nicht anzurufen, und deßhalb mit harten Strafen bedroht [25]), sondern auch eine Reihe von Stellen spricht dafür, daß unter keinen Umständen, selbst in weltlichen Dingen, Kleriker auf Klagen von Laien bei weltlichen Gerichten sich einlassen sollen [26]). So bestimmt und energisch hier angeordnet wird, daß Geistliche nur vor geistlichen Gerichten beklagt werden

---

22) Walter: Lehrb. d. Kirchenrechts. §. 128. Falck: jurist. Encyklop. §. 102.

23) Walter a. a. O. §. 86.

24) Eichhorn: teutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. Th. I. §. 107.

25) C. 1. 2. 6. 7. dist. 90. Can. 6. 10. 11. 30. 42. 46. caus. 11. quaest. 1.

26) Can. 1. 3. 5. 8. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 26. 33. 39. 43. 45. 47. 48. caus. 11. quaest. 1. Den can. 17. soll Gratian unrichtig aus der Quelle (Concil. Agathens. can. 32.) entnommen haben, denn der Kanon des Konziliums lautet nach den besten Ausgaben: „Clericus ne quemquam praesumat apud secularem judicem, episcopo non permittente pulsare, sed si pulsatus fuerit, respondeat.“ Glück: Erlaut. d. Pandekt. Th. III. §. 207. Nr. 21.

können, so finden sich doch wieder in zwei Kanonen von Clemens abweichende Vorschriften: Can 29. caus. 11. quaest. 1: „Te quidem oportet irreprehensibiliter vivere, et summo studio niti, ut omnes vitae hujus occupationes abjicias: ne fidejussor existas, ne advocatus litium fias, neve in ulla aliqua occupatione prorsus inveniaris mundialis negotii occasione perplexus. Neque enim judicem aut cognitorem saecularium negotiorum hodie te ordinare vult Christus, ne praefocatus praesentibus hominum curis non possis verbo Dei vacare, et secundum veritatis regulam secernere bonos a malis. Ista namque opera, quae tibi minus congruere superius exposuimus, exhibeant sibi invicem vacantes laici, et te nemo occupet ab his studiis, per quae salus omnibus datur.“ Can. 30. l. c.: „Sicut enim tibi impietatis crimen est, neglectis verbi Dei studiis solicitudines suscipere saeculares, ita et unicuique laicorum peccatum est, nisi invicem sibi etiam in his, quae ad communis vitae usum pertinent, operam fideliter dederint. Te vero securum facere ab his, quibus non debes instare, omnes communiter elaborent. Quod si forte a semetipsis hoc laici non intelligunt, per diaconos edocendi sunt, ut tibi solius ecclesiae solicitudines derelinquant.“ Hierzu kommt noch das dictum Gratiani: „Ex his omnibus datur intelligi, quod in civili causa clericus ante civilem judicem conveniendus est. Sicut enim ecclesiasticarum legum ecclesiasticus judex est administrator, ita et civilium non nisi civilis debet esse executor. Sicut enim ille solus habet jus interpretandi canones, qui habet potestatem condendi eos, ita ille solus civilium legum debet esse interpres, qui eis jus et auctoritatem impertit. In criminali vero causa non nisi ante episcopum est clericus examinandus. Et hoc est illud, quod legibus et canonibus supra definitum est, ut in criminali videlicet causa ante civilem judicem nullus clericus producatur, nisi forte cum consensu episcopi

sui; veluti, quando incorrigibiles inveniuntur, tunc detracto eis officio curiae tradendi sunt.“ Hier ist anerkannt, daß das Reich der Kirche nicht von dieser Welt sei, und daß daher die Kleriker, ohne sich in irdische Geschäfte und Gerichtshändel einzumischen, (nach dem Wunsche des heiligen Augustin[27]) ungetheilt dem Worte Gottes leben sollen. Dennoch ist zu bezweifeln, daß Clemens, im Allgemeinen, und den Kanonen zuwider, die bisherige kirchliche Gerichtsbarkeit über den Haufen werfen wollte, in welchem Falle er sich bestimmter ausgedrückt haben würde. Dabei ist auch zu bedenken, daß das Dekret nur für den Text der eingeflochtenen Beweisstellen, nicht für die eigenen Sätze Gratian's und die Summae gesetzliches Ansehen erlangt hat, und daß der Gebrauch auch noch durch andere Rücksichten eingeschränkt ist[28]). Wenn es nun noch jüngere Stellen im kanonischen Rechte gibt, welche der Kirche die Gerichtsbarkeit über die Geistlichen auch in weltlichen Dingen vindiziren, so fällt die Bedeutung jener Bestimmungen völlig hin. Solche Stellen sind in den Dekretalen enthalten.

Cap. 17. X. de judiciis. (2. 1.): „Praecipiatis ex parte nostra praelatis, ut laicis de clericis conquerentibus plenam faciant justitiam exhiberi: non obstantibus appellationibus frustratoriis, quas in eorum gravamine clerici frequenter opponunt: ne pro defectu justitiae clerici trahantur a laicis ad judicium saeculare: quod omnino fieri prohibemus.“:

Cap. 2. X. de foro compet. (2. 2.): „Nullus judicum, neque Presbyterum, neque Diaconum aut cle-

---

27) De oper. monach. cap. 37: „Quantum attinet ad meum commodum, multo mallem per singulos dies certis horis — aliquid manibus operari, et caeteras horas habere ad legendum et orandum — quam tumultuosissimas perplexitates causarum alienarum pati de negotiis saecularibus vel judicando dirimendis vel interveniendo praecidendis.“ Vgl. can. 20. caus. 16. quaest. 1.

28) Walter: Lehrb. d. Kirchenrechts. §. 125.

ricum ullum aut minores ecclesiae sine permissu Pontificis per se distringere aut condemnare praesumat. Quod si fecerit ab ecclesia Dei, cui injuriam irrogare dignoscitur, tam diu sit sequestratus, quousque reatum suum cognoscat et emendet.“

Cap. 9. ibid.: „Mandamus, quatenus si quas causas pecuniarias clerici Parisiis commorantes habuerint contra aliquos, vel aliqui contra eos, ipsas jure canonico decidatis.“ [29])

Cap. 2. de foro compet. in VI. (2. 2.): „Saeculares judices, qui (licet ipsis nulla competat jurisdictio in hac parte) personas ecclesiasticas ad solvendum debita (super quibus coram eis contra ipsas earum exhibentur literae, vel probationes aliae inducuntur) damnabili praesumptione compellunt, a temeritate hujusmodi per locorum ordinarios censura ecclesiastica decernimus compellendos.“

Besonders merkwürdig sind aber zwei weitere Stellen der Dekretalen, in welchen der privilegirte Gerichtsstand der Geistlichen als ein nothwendiger und der Disposition der Partei gänzlich entzogener erklärt wird. In Cap. 12. X. de foro compet. (2. 2.) wird von Innocenz III. gesagt: „Adseruisti te usque ad haec tempora tenuisse, quod licitum sit clerico [30]) renunciare saltem in temporalibus causis juri suo, et sibi laicum judicem constituere, praesertim ubi adversarii voluntas accedit: ac temere juramentum super hoc interpositum respondisti: immemor constitutionis qua cavetur pacto priva-

---

29) Vgl. Cap. 26. X. de verbor. signif. (5. 40.)

30) Unter dem clericus werden nicht bloß die Weltgeistlichen sondern auch die Mönche verstanden, da seit dem zehnten Jahrhundert die Ordensglieder zugleich Weltpriester waren, und nur für die mechanischen Dienste in den Klöstern Laienbrüder (conversi, fratres) gehalten wurden. Can. 22. 23. 24. caus. 16. quaest. 1.

torum juri publico minime derogari [31]). Cum ergo jus hoc in Milevitan. et Carthaginensi conciliis sit specialiter promulgatum, ne clerici clericos relicto suo Pontifice ad judicia publica pertrahant, alioquin causam perdant, et a communione habeantur extranei: et tam Episcopi, quam Diaconi, seu quilibet clerici in criminali, seu in civili negotio, si derelicto ecclesiastico judice publicis judiciis se purgare voluerint, etiam si pro eis sit lata sententia, locum suum amittant: et hoc in criminali actione: in civili vero perdant, quod evicerint, si locum suum maluerint obtinere. Manifeste patet, quod non solum inviti, sed etiam voluntarii pacisci non possunt, ut saecularia judicia subeant, cum non sit beneficium hoc personale, cui renunciari valeat, sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum: cui privatorum pacto derogari non potest. Nec juramentum licite servari potuit, quod contra canonica statuta illicitis pactionibus informatur.“ Desgleichen verordnet Gregor IX. in cap. 18. h. t.: „Significasti nobis, quod P. clericus ad petitionem C. mercatoris se tuae jurisdictioni subjecit, si in termino nunc elapso de pecunia mutuata non satisfecisset eidem: et infra. Inquisitioni tuae taliter respondemus, quod licet privatorum consensus eum, qui jurisdictioni praeesse dignositur, suum possit judicem constituere, clerici tamen in judicem non suum (nisi forte sit persona ecclesiastica, et Episcopi dioecesani voluntas accedat) consentire non possunt.“ Der Sinn dieser Prohibitivgesetze ist klar. Innozenz III. findet es befremdend, daß man glaubte, ein Geistlicher könne von seinem geistlichen Richter abgehen, und vertragsmäßig vor

31) L. 38. Dig. de pactis. (2. 14.) L. 20. Dig. de religios. (11. 7.) L. 1. §. 9. Dig. de magistrat. conven. (27. 9.) L. 15. §. 1. Dig. ad leg. Falcid. (35. 2.) L. 6. Cod. de pactis. (2. 3.)

einem weltlichen Richter sich einlassen, da doch der geistliche Gerichtsstand ein Institut des öffentlichen Rechtes sei, welchem durch Privatverträge nicht ausgewichen werden könne, und das Privilegium nicht dem Einzelnen als solchem zukomme, sondern dem ganzen Stande in seiner Integrität, weßhalb auch nicht Einzelne von demselben durch ihre Willensäusserung sich losmachen, und den Stand nicht kompromittiren dürften [32]). Mit Beziehung auf frühere Konzilienbeschlüsse wird also den Geistlichen verboten, in Kriminal- und Civilklagen eine Kompetenz des weltlichen Richters anzuerkennen, unter der Bedrohung, daß sie in Kriminalfällen ihre Stellen verlieren, in Civilfällen aber ihres Gewinnes verlustig sein, oder ebenfalls entsetzt werden sollen [33]). Gregor IX. aber untersagt ebenfalls den Klerikern, vor weltlichen Richtern Recht zu nehmen, und gestattet nur, die Prorogation vor einem andern, als dem ordentlichen, geistlichen Richter, nach vorgängiger Erlaubniß des Bischofs der Diözese, geltend zu machen. — Hierzu kommt noch, nebst dem Cap. 4. de cens. in VI. (3. 20. [34]) daß Lancelott [35]) diese Bestimmungen wie-

---

32) Hier erscheint also der geistliche Gerichtsstand als privilegium odiosum für das Individuum, weil es an denselben gebunden ist, selbst wenn ein weltlicher Richter ihm angenehmer wäre. Ein anderes Beispiel in Cap. 31. X. de rescript. (1. 3.)

33) Vgl. Cap. 43. causa 11. quaest. 1.

34) „Cum ecclesiae ecclesiasticaeque personae ac res ipsarum non solum jure humano, quinimo et divino a saecularium personarum exactionibus sint immunes“ etc.

35) Instit. jur. canon. lib. 3. tit. 1: „Pari relatione tam Milevitanensi quam Carthaginensi concilio constitutum est, ne clerici clericos relicto suo Pontifice ad publica judicia, sub poena depositionis et ammissionis propriorum jurium pertrahant: cui beneficio, cum non sit personale, sed collegio ecclesiastico indultum, pactionibus privatorum, aut juramento illicito derogari non potest. In judicem

derholt, und daß im lib 7. Decret., einer Privatarbeit des Peter Matthäus zu Lyon [36]), welche dem Corpus juris canonici angehängt ist, der lib 2. tit. 1., überschrieben: „Laicis in clericos nulla potestas, et ideo Ecclesiasticorum causae in foro jurisdictionis ordinariae debent decidi," bezügliche Stellen enthält. Die Auth. Frid. Statuimus Cod. de episcop. et cler. (1. 3.) stimmt mit den päpstlichen Verordnungen überein, indem sie unbedingt verbietet, daß gegen die bestehenden weltlichen und geistlichen Gesetze eine kirchliche Person von einem Laien gerichtet werde: Statuimus, ut nullus ecclesiasticam personam in criminali quaestione vel civili trahere ad judicium saeculare praesumat, contra constitutiones imperiales vel canonicas sanctiones. Quod si actor fecerit, a suo judice cadat: judicatum non teneat: et judex ex tunc potestate judicandi privetur." Endlich ist es in historischer Hinsicht noch merkwürdig, daß im Corpus juris civilis die constitutiones imperatoriae noch zwei hierher gehörige Stellen enthalten; die eine ist von Heraclius, überschrieben: de foro competenti Episcoporum et Clericorum et Monachorum," die andere von Alexius Commenus: „de foro Clericorum et de judice per rescriptum prohibito causam ad se transmissam disceptare."

Die Gründe, welche den verbotenen Verzicht auf den privilegirten geistlichen Gerichtsstand in den Gesetzen rechtfertigen sollen, sind allerdings nicht haltbar. Der Stand der Geistlichen, als ein solcher und in seiner Gesammtheit, verliert nichts, wenn Einzelne auf ihre individuellen Antheile an seinen

---

tamen non suum, si is persona sit ecclesiastica, et Episcopi dioecesani consensus accesserit, clerici consentire poterint."

36) Walter: Lehrb. d. Kirchenrechts. §. 114.

Vorrechten verzichten. J. H. Böhmer [37]) äussert sich sehr heftig gegen Felicianus de Oliva, den Vertheidiger der päpstlichen Verordnungen. „Addit has rationes," sagt er, „quod certum indubitatumque sit, clericos in spiritualibus subesse pontificibus, incommoda autem multa inde oritura esse, si in civilibus judicio seculari subessent, cum nemo sufficienter duobus dominis possit servire. Sed heus tu, qua ratione laicos sub diversa jurisdictione existere posse credis? Si ratio tua vera est, pessime fecit pontifex, quod laicos in spiritualibus sibi subjecerit, et quid fiet de statibus ecclesiasticis Germaniae, qui duplicem sustinent personam, duplexque diversum forum, papale et imperii agnoscere coguntur? Addit, clericos esse sacerdotes, ergo speciali veneratione dignos. Ast fatua haec ratio propria jugulatur ineptia. Cum ergo animadvertit, hisce ratiunculis nihil esse fidendum, vela colligit, existimatque probabiliorem esse sententiam, hanc executionem non esse juris divini; interim papam eosdem eximisse et eximere potuisse a jurisdictione seculari, ac consequenter principem secularem hanc exemtionem tollere non posse. Vulpina incedit veste, veritatique locum vult dare apparenter, quam tamen rursus conculcat." Allein die Motive machen die Disposition selbst nicht ungiltig. Mag man auch immer bei dem kanonischen Rechte die Gründe für wichtiger ansehen, als ausserdem, indem man der Kirche, als einem auf Gewissen und Ueberzeugung gegründeten Verein, die Aufgabe stellt, ihre Verordnungen ermahnend und belehrend abzufassen und zu rechtfertigen [38]), so werden doch dadurch die Grundregeln der Auslegung nicht umgeworfen.

---

37) Jus ecclesiast. protest. lib. II. tit. 2. §. 36.

38) Walter: Lehrb. d. Kirchenrechts. §. 186.

spätere teutsche Gesetze änderten im gemeinen Rechte die alten Vorschriften nicht ab. In den Kapitularien ist vielmehr die geistliche Gerichtsbarkeit bestätigt [39]) und die Reichsgesetze sind nicht entgegen [40]).

---

39) Capitularia regum Francorum. lib. IV. capit. 366. (Ed. Baluzius. Parisiis 1677. tom. I. pag. 985.): Volumus atque praecipimus, ut omnes ditioni nostrae Deo auxiliante subjecti, tam Romani, quam Franci, Alamanni, Bajuvarii, Saxones, Turingii, Fresones, Galli, Burgundiones, Britones, Longobardi, Vuascones, Beneventani, Gothi et Hispani, ceterique nobis subjecti omnes, licet quocunque videantur legis vinculo constricti, vel consuetudinario more connexi, hanc sententiam, quam ex sextodecimo Theodosii Imperatoris libro capitulo videlicet XI. ad interrogata Ablavii ducis illi et omnibus rescriptam sumpsimus, et inter nostra capitula pro lege tenenda consultu omnium fidelium nostrorum, tam Clericorum, quam et laicorum posuimus, lege cunctis perpetua tenenda, id est: Quicunque litem habens, sive possessor sive petitor fuerit, vel in initio litis, vel decursis temporum curriculis, sive cum negotium peroratur, sive cum jam coeperit promi sententia, si judicium elegerit sacrosanctae legis antistitis, ilico sine aliqua dubitatione, etiamsi alia pars refragatur, ad Episcoporum judicium cum sermone litigantium dirigatur. Multa enim quae in judicio captiosae praescriptionis vincula promi non patiuntur, investigat et promit sacrosanctae religionis auctoritas. Omnes itaque causae, quae vel praetorio jure vel civili tractantur, Episcoporum sententiis terminatae, perpetuo stabilitatis jure firmentur; nec liceat ulterius retractari judicium, quod Episcoporum sententiis deciderit.“

40) Wormsische Reichstags-Verord. v. 1232. Kap. 2. Friedrichs II. Reichstags-Verord. zu Utin v. 1232. Friedrichs II. Reichsabsch. zu Mainz v. 1235. Kap. 15. Rudolf's Bestätigung des Landfriedens v. 1281. Rudolf's Landfrieden auf dem Reichstag zu Würzburg v. 1287. §. 33. Albrecht's Landfrieden zu Nürnberg v. 1303. §. 20. Wenzeslaus Landfriede zu Frankfurt v. 1398. §. 1. Konkordat der teutschen Nation mit Mar-

Haben wir die alten Quellen vor uns liegen, so müssen wir uns vor dem Fehler der Praktiker und eleganten Juristen hüten, jene im Geiste der neueren Zeit auszulegen, und so ganz neue Vorschriften, an welche die Gesetzgeber gar nicht dachten, aufzubringen. Jedes Gesetz muß interpretirt werden nach der eigenthümlichen Ansicht seines Jahrhunderts und seines Schöpfers. Dieß heißt in seinen wahren Geist eindringen, und bei der Auslegung mit Treue wirkliche Gesetzreformen vermeiden, die nur dem Gesetzgeber selbst zustehen. Dieß ist die Bedeutung der L. 17. Dig. de legib. (1. 3.): „Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.“ Dabei entbehren wir nun freilich das Vergnügen, auf eigene Faust den Gesetzen, wo sie uns nicht gefallen, mit der modernen Kultur so lange zuzusetzen, bis sie ein modisches Aussehen haben, und wir stellen uns so manchen Vorwürfen bloß, welche die unkundigen Laien den Juristen über das Hängen am Alten zu machen pflegen; aber wir haben dennoch die Ueberzeugung des Rechthandels auf unserer Seite. So lange das Gesetz besteht, muß der Ausleger es nach seinen historischen Verhältnissen auffassen, und paßt es nicht mehr in die Zeit, so bleibt ihm Nichts übrig, als die späteren Gesetzgeber anzuklagen, welche dessen Aufhebung oder Abänderung nicht bewerkstelligt haben, und sich mit dem Trostspruche Ulpian's in der L. 12. §. 1. Dig. qui et a quibus manumissi. (40. 9.) zu behelfen: „Perquam durum est, sed ita lex scripta est.“ Der Richter aber

---

tin V. zu Konstanz v. 1417. Kap. 5. Artikel des Reichstags zu Frankfurt v. 1435. §. 8. Reichs-Absch. zu Ulm v. 1466. §. 11. Landfrieden zu Nördlingen v. 1466. §. 7. Gutachten der Kur- und Fürsten v. 1467. §. 15. Abschied u. Befehle auf dem Reichstag zu Worms v. 1495. §. 35. Kam. Ger. Ord. zu Augsburg v. 1500. Art. 31. Reichs-Absch. zu Augsburg v. 1548. §. 39. v. 1551. §. 33. u. v. 1555. §. 20.

mag sich vorzüglich an Isidor's Ausspruch halten, der in der Causa 3. dist. 3. steht: „In istis temporalibus legibus, quanquam in his homines judicent, cum eas instituunt, tamen cum fuerint institutae et firmatae, non licebit judici, de ipsis judicare, sed secundum ipsas.“ Das kanonische Recht ist ein Produkt der Päpste; immer aber ging das Streben der sogenannten Statthalter Gottes dahin, den geistlichen Stand von der weltlichen Macht abzulösen, ein strenges Subordinationssystem ihrer Unterthanen in allen Ländern einzuführen, und die geistliche Gerichtsbarkeit auf alle mögliche Weise zu erweitern. Nach der Lehre der Kanonisten sollte die Geistlichkeit sogar nicht nur von der weltlichen Gerichtsbarkeit, sondern überhaupt von der weltlichen Zwangsmacht gänzlich unabhängig sein, zwar in, aber nicht unter dem Staate leben, ihm nicht angehören, und nur Vortheile genießen, was jedoch immer großen Widerspruch erlitt [41]). Jeden Falls aber, wenn man auch die Geistlichkeit nicht als einen Staat im Staate gelten ließ, machte sie doch eine privilegirte und von Rom beherrschte Genossenschaft aus. Aus diesen Ansichten und Bestrebungen sind die Verordnungen von Innozenz III. und Gregor IX. geflossen. Diese herrschsüchtigen und mächtigen Päpste wollten nicht, daß ein Gottgeweihter von einem Laien gerichtet werde. Auf den Willen der Partei legten sie kein Gewicht, weil insbesondere die Ordensgeistlichen den sie betreffenden Gesetzen und ihren Obern blinden Gehorsam schuldig waren, und irgend präjudizirliche Handlungen eigenmächtig nicht vornehmen durften [42]). Die Mo-

---

41) Kreittmayr: Anmerk. üb. d. Cod. Maximil. bavaric. civ. Th. V. §. 36. Nr. 3.

42) Walter: Lehrb. des Kirchenrechts. §. 340. Schenck, trias forensis, in qua de tribus fori personis, judice, actore et reo disseritur. (Antwerp. 1528) cap. 8. Kreittmayr: a. a. O. §. 42. Nr. 2. „Unter Diejenigen, welche, entweder

tive des Kaisers Friedrich bei seiner Authentika lassen sich zwar nicht so zuverlässig angeben, aber auch hier sind die Worte des Gesetzes so klar, daß dabei die logische Auslegung gar nicht in Arbeit zu treten hat.

Reinhardt [43]) verwirft diese Sätze, weil sie den gegenwärtigen und überhaupt den Verhältnissen seit dem westfälischen Frieden, welcher die Zustände der katholischen Kirche zerbrach, nicht mehr angemessen sein sollen. Wir kommen von unserer Seite darauf zurück, daß in den Gesetzen der klare Wortsinn eine künstliche Auslegung nicht gestattet, und verwerfen den Grundsatz: cessante ratione legis cessat lex ipsa [44]). Irrig sagt der alte Rechtsgelehrte Lafrancus de Oriano [45]): „ratio et mens nihil aliud sunt, quam ipsa lex.“ Dieß mag häufig von neuen, aber nicht regelmäßig von alten Gesetzen gelten. Sind die faktischen Voraussetzungen der Anwendung eines neuen Gesetzes erloschen, dann hört freilich das Gesetz selbst auf; aber damit ist der Fall nicht zu verwechseln, wenn bloß die Motive nicht mehr bestehen. Das Produkt lebt fort, wenn auch die erzeugenden Kräfte abgestorben sind. So sind z. B. die Motive weggefallen, aus welchen in Teutsch-

---

active oder passive in judicio zu stehen, das Recht nicht haben, — gehören auch die Religiosen; denn sie können ohne Erlaubniß der Obern regulariter weder Andere gerichtlich belangen, noch von Andern belangt werden, ausgenommen wenn es um ihr Beneficium, welches sie zu administriren haben, um die Vertheidigung ihres Klosters oder Prälaten, item um ihre selbsteigene Ehre, oder die Gültigkeit ihrer Ordensprofession uud dergleichen zu thun ist, worin einem Religiosen die Klage keineswegs verwehrt werden mag.“ —

43) Handb. d. Proz. Th. I. §. 30.

44) Struben: rechtl. Bedenken. Th. II. Bed. 144. Thibaut: System d. Pandekt. Rechts. Bd. I. §. 52. Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. I. §. 16.

45) Tract. de statutis. u. 21.

land die fremden Rechte aufgenommen wurden, und doch gelten diese noch. Das Urtheil, ob die Motive noch vorhanden sind, kann auch mit entscheidender Kraft nicht von den Gelehrten und Richtern, sondern von den Gesetzgebern selbst abgegeben werden, und so ein Urtheil wäre eigentlich die Sanktion eines neuen derogirenden Gesetzes. Ausserdem würden die Gesetze, deren Fortdauer bis zu ihrer bestimmten Aufhebung garantirt sein muß, der Ungewißheit, der Willkür und der schwankendsten Zufälligkeit preisgegeben; denn selten wird allgemein anerkannt, ob eine ratio legis cessire oder nicht; täglich würde das Gesetz durch die wechselnden Zustände der Zeit in Lebensgefahr gesetzt werden, und es könnte sogar ein Theil des Publikums von den Motiven abgefallen sein, wenn der Gesetzgeber sie noch festhält. Reinhardt hat auch Unrecht, wenn er behauptet, daß die Verhältnisse, welche jene Bestimmungen der Päpste hervorgerufen haben, untergegangen seien. Sie sind nur modificirt, und wer wird zugeben, daß eine bloße Modification der Umstände das Gesetz tödte? Im Jahre 1555 wurde die geistliche Gerichtsbarkeit der Katholischen (doch den geistlichen Kurfürsten, Fürsten und Ständen, Kollegien, Klöstern und Ordensleuten an ihren Renten, Gült, Zins und Zehnten, weltlichen Lehenschaften, auch andern Rechten und Gerechtigkeiten unvergriffen) wider der augsburgischen Religions-Verwandten Religion, Glauben, Bestellung der Ministerien bis zur endlichen christlichen Vergleichung der Religion eingestellt, aber in andern Sachen und Fällen der augsburgischen Konfession, Religion, Glauben, Kirchengebräuche, Ordnungen, Ceremonien, und Bestellung der Ceremonien nicht anlangend, wurde die geistliche Gerichtsbarkeit durch die Erzbischöfe, Bischöfe und andere Prälaten, wie sie hergebracht war, und in deren Besitz sie sich befanden, bekräftigt [46]). Den Ständen der alten Religion wurden die Rechte auf weltliche Obrigkeit hinsichtlich der Ren-

---

46) Reichs-Absch. v. 1555. §. 20.

ten, Zinsen, Gülten, Zehnten oder Güter nicht neu ertheilt, sondern die alten erneuert [47]). Vermöge des westfälischen Friedens, welcher vorzüglich die Wiedereinsetzung in den vorigen Zustand (die Amnestie) zum Zwecke hatte, wurden durch die osnabrücker Urkunde von 1648 diese Bestimmungen neuerdings bestätigt [48]), und Gleiches erfolgte im münsterischen Frieden von 1648. §. 47. Die Katholiken hofften noch immer, die Protestanten wieder in den Schoos der alten Kirche zurückzuführen, und sie hielten es, wenn wir Struben [49]) glauben dürfen, für einen Kirchenraub, die

---

47) A. a. O. §. 21.

48) Instrum. pacis Osnabrug. de 1648. art. V. §. 48: „Jus Dioecesanum et tota jurisdictio ecclesiastica cum omnibus suis speciebus contra Augustanae Confessionis Electores, Principes, Status (comprehensa libera imperii nobilitate) eorumque subditos, tam inter Catholicos et Augustanae Confessioni addictos, quam inter ipsos solos Augustanae Confessionis status usque ad compositionem Christianam dissidii religionis suspensa esto, et inter terminos territorii cujusque jus Dioecesanum et jurisdictio ecclesiastica se contineat. Ad consequendos tamen reditus, census, decimas et pensiones in iis Augustanae Confessionis statuum ditionibus, ubi Catholici 1624 notorie in possessione, vel quasi exercitii jurisdictionis ecclesiasticae fuerunt, utantur eadem posthac quoque, sed non nisi in exigendis hisce pensionibus, nec procedatur ad excommunicationem nisi post tertiam demum denunciationem. Catholicorum Augustanae Confessioni addicti status provinciales et subditi, qui anno 1624 ecclesiasticam jurisdictionem agnoverunt, in iis casibus modo dictae jurisdictioni subsint, qui Augustanam Confessionem nullatenus concernunt, modo ipsis occasione processus nihil injungatur Aug. Confessioni vel conscientiae repugnans. Eodem etiam jure Augustanae Confessionis Magistratuum Catholici subditi censeantur, inque hos, qui anno 1624 publicum religionis Catholicae exercitium habuerunt, Jus Dioecesanum, quatenus Episcopi illud dicto anno quiete in eos exercuerunt, salvum esto.“ Vgl. Eichhorn: teutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. Th. V. §. 500.

49) Rechtliche Bedenken. Th. I. Bed. 3. §. 5.

bischöflichen Rechte der weltlichen Obrigkeit zu ertheilen. Die Schule lehrte auch noch nach dem westfälischen Frieden, im 18. Jahrhundert, daß der geistliche Gerichtstand den Geistlichen als persönliches Vorrecht zustehe [50]). In der Wahlkapitulation Franz II. von 1792. Art. 1. §. 2. wurden die geistlichen Gerechtigkeiten, Macht und Gewalt bei ihrem Stand und Wesen belassen, und die Erz- und Bischöfe bei ihrer geistlichen Gerichtsbarkeit, so weit sie nicht durch den westfälischen Frieden suspendirt wurde, erhalten; es wurde verboten, daß die (anhängigen) Civilsachen vor dem ordentlichen weltlichen Richter oder einem Offizialen, als judice delegato principis, an die apostolischen Nunzien oder gar an den römischen Hof gezogen würden (Art. 14. §. 4.). Das Resultat, welches man annehmen kann, ist also, daß die Protestanten überhaupt der Gerichtsbarkeit der katholischen Geistlichkeit entzogen wurden, und daß diese auch nicht mehr gegen katholische Unterthanen protestantischer Reichsstände Statt fand [51]).

Bestimmte derogirende allgemeine Gesetze sind auch in der neueren Zeit nicht erlassen worden, so sehr auch das Bedürfniß sie forderte, und so verwerflich auch immer die geistliche Gerichtsbarkeit in weltlichen Sachen ist. Durch Gewohnheit und Praxis ist daran gerüttelt worden; allein so lange der Gesetzgeber schwieg, konnten dadurch prohibitive Normen nicht außer Wirksamkeit gesetzt werden [52]). Da nun auch jetzt noch die Geistlichkeit als ein besonderer,

---

50) Kreittmayr: Anmerk. üb. d. Cod. Maxim. bavar. civil. Th. V. Kap. 19. §. 36. Nr. 3. 6. §. 42. Nr. 5—9. Anmerk. üb. den Cod. jur. bav. judiciar. Kap. 1. §. 11. Nr. 12.

51) Struben: rechtliche Bedenken. Th. III. Bed. 64.

52) Arg. L. 12. Dig. de officio praes. (1. 18.) L. 13. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) L. 2. Cod. quae sit longa consuet. (8. 53.) Gratian ad caus. 3. dist. 3. Cap. 3. 11. X. de consuet. (1. 4.) Cap. 26. X. de testib. (2. 20.) Kaiserrecht. Th. I. Kap. 47. 48. 89. Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. I. §. 34.

zum Theil exterritorialer und vom römischen Hofe beherrschter Stand vegetirt, da jetzt noch der Papst die alten Tendenzen nicht aufgegeben hat, und die Geistlichen aus seiner Souveränetät nicht entlassen sind, so geht aus der Gesetzgebung und andern Verhältnissen hervor, daß nach gemeinem teutschen Rechte der privilegirte Gerichtsstand der Geistlichkeit, auch in weltlichen Streitigkeiten, nicht aufgehoben ist. Wohl aber besteht dieser Gerichtsstand nach Partikularrechten in den meisten teutschen Ländern nicht mehr [53]), was in Rücksicht der Wirkung eben so viel ist, als wenn ihn das gemeine Recht aufgehoben hätte, und in den Landesgesetzen davon wäre geschwiegen worden. Allgemeine Sätze, wie z. B. Niemand darf seinem ordentlichen Richter entzogen werden, würden zwar keinen Unterschied gemacht haben, theils weil das Generelle dem Speziellen nicht derogirt, theils weil schon früher ähnliche Prinzipien neben den Spezialgesetzen friedlich bestanden, z. B. actor sequitur forum rei, allein dabei ist es auch nicht geblieben. Seit der ersten französischen Revolution, seit den Eingriffen Napoleon's in die Hierarchie und seit der französischen Juli-Revolution von 1830 sind politische Theorien und Gesetze aufgekommen, welche den persönlichen Privilegien überhaupt und namentlich denen der Geistlichkeit den Untergang bereiteten, und die vernunftwidrigen, obgleich historischen Grundlagen mächtig erschütterten. In allen Zweigen wurde die Gerichtsbarkeit der Staatsgewalt vindizirt, und als ein Ausfluß des Königthums betrachtet; die Staatsgerichte allein sollten Justiz ausüben [54]). Alle Staatsangehörigen sollten gleiche Rechte haben, und vor

---

53) Walter: Lehrb. d. Kirchenrechts. §. 190. W. H. Puchta d. Dienst d. teutschen Justizämter. Th. I. §. 36.

54) Diesen Grnndsatz kannten schon die Römer. L. 78. Dig. de judiciis (5. 1.) L. un. pr. Dig. de lege Jul. ambit. (48. 14.) L. 12. Cod. de legib. (1. 14.) L. 3. Cod. de jurisdict. omn. jud. (3. 13.)

dem Gesetze gleich erscheinen, nur Privilegien der Sachen wurden erhalten, und somit der Kirche die rein geistlichen Angelegenheiten überlassen. Baiern war eines der ersten Länder, in welchen diese Grundsätze praktisch durchgeführt wurden. Durch das organische Edikt vom 24. Juli 1808; die Gerichtsverfassung betr. §. 10. ist die Kompetenz der Untergerichte auf alle in ihren Bezirken angebrachten Real- und Personalklagen, ohne Rücksicht auf die bisher bestandenen persönlichen Privilegien und Exemtionen, erstreckt [55]). In der Verfassungs-Urkunde von 1818 ist Gleichheit der Gesetze und vor dem Gesetze proklamirt, die Geistlichen genießen einen befreiten Gerichtsstand vor weltlichen Gerichten (Tit. V. §. 5.), die Gerichtsbarkeit geht vom Könige aus (Tit. VIII. §. 1.). Nach der Beilage II. zur Verfassungs-Urkunde §. 38. kommt den Kirchengesellschaften nur die Gerichtsbarkeit in rein geistlichen Sachen zu, nämlich in Sachen des Gewissens oder der Erfüllung der Religions- und Kirchenpflichten einer Kirche, nach ihren Dogmen, symbolischen Büchern, und der darauf gegründeten Verfassung, und nach §. 66. sind alle Geistlichen in bürgerlichen Personalklagsachen, in allen aus bürgerlichen Kontrakten hervorgehenden Streitsachen, in den Verhandlungen über ihre Verlassenschaften ꝛc. einzig den weltlichen Gerichten untergeben. Das Verfahren der weltlichen Gerichte in solchen Gegenständen darf durch die Einschreitung geistlicher Stellen weder unterbrochen, noch aufgehoben werden (§. 72.); die Kirchen und Geistlichen können in Ansehung des ihnen zustehenden Vermögens, keine Befreiung von der Gerichtsbarkeit ansprechen (§. 73.), und alle älteren Befreiungen, die hierüber mögen verliehen worden sein, sind als nichtig erklärt. (§. 74.) Die Uebereinkunft zwischen dem Papste Pius VII. und dem Könige Maximilian Joseph von 1817. Art. 12. lit. c. gestattet den Erzbischöfen und Bischöfen, geistliche und insbesondere Ehe-

---

55) Pölitz: die europ. Verfass. Bd. I. Abth. I. S. 104. ff.

sachen, welche nach dem Canon 12. Sess. 24. des heiligen Konziliums von Trient vor den geistlichen Richter gehören, bei ihrem Gerichte zu verhandeln und zu entscheiden. Ausgenommen davon sind die rein bürgerlichen Angelegenheiten der Geistlichen, z. B. Verträge, Schuld- und Erbschaftssachen, worüber den weltlichen Richtern die Verhandlung und Entscheidung zustehen. Aehnliche Gesetze bestehen in andern teutschen, dem gemeinen Rechte noch zugänglichen Ländern [56]). So erlosch zum größteu Theile das persönliche Privilegium der Kirche hinsichtlich des Gerichtsstandes in weltlichen Sachen.

Wir haben uns über diesen Gegenstand weitläufig geäussert, um dem Vorwurfe einer ungeschichtlichen Forschung zu entgehen; allein wenn auch so Vieles zu Gunsten des Privilegiums vorgekommen ist, so behaupten wir dennoch, daß auch nach gemeinem Rechte gegen einen katholischen Geistlichen bei dem weltlichen Richter, vor welchem er mit Erfolg als Kläger aufgetreten ist, eine Widerklage Statt finde, und zwar aus folgenden Gründen, die zum Theile schon bei dem römischen Rechte angeführt worden sind:

1) Wenn der Geistliche weder als Kläger noch als Beklagter den weltlichen Richter anerkennen dürfte, so würde unser Fall gar nicht eintreten können; der Geistliche würde auch den Laien bei dem geistlichen Richter beklagen. Ein geistlicher Richter könnte hier selbst dann angegangen werden, wenn der Beklagte in einer andern Diözese wohnen würde, theils weil der geistliche Richter in dieser Diö-

---

56) Verfass. Urk. f. d. Großherzogthum Baden v. 1818. §§. 5. 7. 14. Verfass. Urk. f. d. Königreich Würtemberg v. 1819. §§. 4. 74. Verfass. Urk. des Großherzogthums Hessen v. 1820. Art. 4. 18. 41. Verfass. Urk. des Herzogthums Koburg-Saalfeld v. 1821. §§. 3. 27. Kurhessische Verfass. Urk. v. 1831. §§. 10. 26. 113. 136. Organis. Urk. v. 1821. §§. 36. 53. Verfass. Urk. des Königreichs Sachsen v. 1831. §§. 4. 59. Grundgesetz f. d. Herzogthum Sachsen-Altenburg v. 1831. §§. 4. 7.

zese anstatt des weltlichen der Richter des Wohnortes wäre, theils weil er, so wie jeder andere geistliche Richter prorogirt werden könnte [57]). Eben darum, weil der geistliche Richter einschritte, dürfte bei ihm, nach dem Grundsatze der Identität (§. 24.), widergeklagt werden. Uebrigens will das kanonische Recht hauptsächlich nur, daß der Geistliche nicht in der Rolle des Beklagten vor dem weltlichen Richter stehen, und sich nicht der Gefahr einer Verurtheilung durch denselben aussetzen soll. Es ist also nur die Frage, ob ein Geistlicher, nachdem er eine Klage gegen einen Laien bei einem weltlichen Richter angebracht hat, bei demselben widerbeklagt werden könne?

2) Auch die kanonischen Gesetze haben, gleich den römischen, von welchem im Anfang des §. die Rede war, nur den ordentlichen Fall einer gewöhnlichen Klage im Auge, sie wollen, daß geistliche Personen bei dem geistlichen Richter beklagt werden sollen. Der außerordentliche Fall einer Widerklage wird von ihnen nicht genannt. Es mag immer sein, daß die Päpste, wenn sie aufmerksam geworden wären, vielleicht auch das Widerklagen gegen Geistliche bei weltlichen Richtern verboten hätten; allein so, wie die Sachen liegen, bei dem Mangel einer speziellen Vorschrift, ist anzunehmen, daß sie bei der Festsetzung der Gerichtsbarkeit entweder an die Widerklage gar nicht dachten, oder auch daß sie es rücksichtlich derselben bei dem Alten lassen wollten, da dieses Institut und seine Formation ihnen bereits abgeschlossen zu sein schienen. Da wir uns nun vorzugsweise an die Aussprüche der Gesetzgeber halten müssen, und selbst ihr Wille, so lange er nicht geäussert ist, keinen Werth hat, so können wir das Verbot für die Klage nicht auch auf die Widerklage beziehen.

3) Das Besondere ist im Allgemeinen, der Theil im Ganzen nur so lange enthalten, als nicht eigene Ausnahms-

---

57) Cap. 18. X. de foro compet. (2. 2.)

gesetze bestehen [58]); denn alsdann heben diese das allgemeine Gesetz im speziellen Falle auf [59]). Solche Ausnahmsgesetze sind nun wirklich für die Widerklage im römischen, wie im kanonischen Rechte vorhanden, indem verordnet ist, daß diese nur bei dem Richter der Hauptklage angebracht werden, daß dieser Gerichtsstand, ohne alle Rücksicht auf den Willen des Widerbeklagten, ein nothwendiger sein, und die Einrede der persönlichen Inkompetenz wegfallen soll (§. 24.). Hinsichtlich der Widerklage sind die Geistlichen keineswegs ausdrücklich begünstigt. Zwar sagt der Schwabenspiegel, Art. 89: „Wir sprechen, wo der man recht vordert da sol er auch recht nemen, on geistlich leut, die klagent wol vor weltlichem gerichte, vn man müß sy beklagen vor geistlichem gerichte on vmb ein sache. Vnd ist daß ein geistlich man einen leyen beklagt vor weltlichem gerichte vmb gülte. Der richter sol im richten. vmb wil er im sein pfenning zu hand geben oder güte pfand. Daß sol er nemen. vnnd der leye beklagt den geistlich man woll vor weltlichem gerichte. Vnd der richter sol im richten mit recht über den geistlich mann aber nicht wen umb gült.“ — Allein abgesehen von der Unbestimmtheit dieses Gesetzes und seiner theilweisen Richtung gegen die geistliche Gerichtsbarkeit ist der Schwabenspiegel, wie der Sachsenspiegel, keine entscheidende Quelle des gemeinen Rechtes [60]), und, ungeachtet des erlangten doktrinellen Ansehens, bis auf den heutigen Tag für eine bloße Privatsammlung zu halten, die niemals durch eine besondere Be-

---

58) L. 147. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 34. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

59) L. 99. §. 5. Dig. de legat. 3. (32.) L. 7. pr. Dig. de except. rei jud. (41. 2.) L. 41. Dig. de poenis. (48. 19.) LL. 80. 113. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

60) Vorrede zum Sachsenspiegel. V. 178 ff.

„Spigel der Saxen
Sal diz buch syn genant,
wende Saxen recht ist hir an bekant.“

stätigung gesetzliche Kraft erhielt [61]). Zudem bemerkt die Glosse zum Sachsenspiegel (Buch III. Art. 60.): „Müssen alle personen wieder antworten vor dem Gericht, darinnen sie klagen, auch Pfaffen und Münche, ob sie vor weltlichen Gericht geklagt hatten. C. 3. q. 8. c. 1." Wenn auch die Kirche im Allgemeinen und in andern Punkten, ihre Vorrechte insbesondere durch die Verdammungsbulle Gregor's IX. und durch das baseler Konzilium nach Kräften zu verwahren gesucht hat [62]), so ist doch der Gerichtsstand der Widerklage nicht umgestoßen.

4) Endlich überwindet dieser Gerichtsstand schon überhaupt die persönlichen Privilegien, und das Privilegium des Institutes (die Identität des Richters) geht den persönlichen Vorrechten in Fällen des Konfliktes vor [63]).

Was die Geistlichen der Protestanten mit Einschluß der aus ihnen hervorgegangenen Unterabtheilungen neuer Konfessionen angeht, so kommt es, wie Glück [64]) lehrt, auf die besondere Verfassung der Kirche in den einzelnen Ländern an. Durch die Reichsgesetze wurde die Gerichtsbarkeit der Katholiken über die protestantische Kirche suspendirt, und bisher nicht mehr allgemein wiederhergestellt; die von den Päpsten lediglich für Katholiken erlassenen Kanonen konnten der neuen schismatischen Kirche nicht mehr zur Seite stehen; besondere Gerichtsprivilegien, die den alten verlornen ähnlich gewesen wären, wurden

---

61) Gärtner im Vorberichte zu seiner Ausgabe des Sachsenspiegels. §. 7. Eichhorn: teutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. Th. II. §§. 279. 281. Eichhorn: Einleit. in d. teutsche Privatrecht. §. 32. Mittermaier: Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechts. Abth. I. §. 6.

62) Anhang zu Gärtner's Ausg. d. Sachsenspiegels.

63) L. 85. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 26. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

64) Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 207. Nr. IV.

den protestantischen Geistlichen nicht ertheilt [65]). Wird vollends die geistliche Gerichtsbarkeit im Namen eines protestantischen Landesherrn durch seine Konsistorien ausgeübt, was heutiges Tags in den protestantischen Ländern allgemein geschieht, so ist dieselbe mehr, als irgendwo anders, eine Staatsgerichtsbarkeit, und sollten auch weltliche Sachen vor die Konsistorien gehören, so ist die Prorogation eines andern Richters erlaubt, und jeder Richter einer Hauptklage wird über die gegen einen Geistlichen gerichtete Widerklage kompetent, da nicht sowohl der Partei, als dem Konsistorium ein (durch die Partei widerrufliches) Privilegium verliehen ist. Nach den neuen Gesetzen des jetzigen Jahrhunderts aber sind die protestantischen Geistlichen in weltlichen Dingen, die allein die wahren Gegenstände des Civilprozesses sind, den weltlichen Gerichten unterworfen, die Gewalt der Konsistorien ist nur auf kirchliche und dem Rechtszwange fremde Angelegenheiten beschränkt [66]), folglich

---

65) Eichhorn: teutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. Th. V. §. 500. Walter: Lehrb. d. Kirchenrechts. §§. 34. 43. 175. Vgl. Instrum. pacis Osnabrug. de 1648. art. V. §. 31. J. H. Boehmer, jus ecclesiast. protest. tom. I. lib. I. tit. 28 §. 43. Kreittmayr: Anmerk. über d. Codicem Maximil. bavar. civil. Th. V. Kap. XIX. §. 11. Glück: a. a. O.

66) Edikt über die innern kirchlichen Angelegenheiten der protestantischen Gesammt-Gemeinde in dem Königreich Baiern v. 1818. Grundgesetz für das Herzogthum Sachsen-Meiningen v. 1829. Art. 3. 105. Großherzoglich hessisches Edikt v. 6. Juni 1832, die Organisation der Behörden für die evangelischen Kirchenangelegenheiten betr. u. v. d. nämlichen Tage die Organisation der Kirchenvorstände evangelischer und katholischer Konfession betr. Landschafts-Ordnung für das Herzogthum Braunschweig v. 1832. §§. 3. 191. 200. Grundgesetz des Königreichs Hannover v. 1833. §§. 6. 9. 31. In Beziehung auf Oesterreich vgl. Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Hauptblatt Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 132.

gelten rücksichtlich der Kompetenz die gewöhnlichen Grundsätze über die Widerklage.

§. 30.

Die persönlich privilegirten Gerichtsstände vor weltlichen Gerichten entbinden die derselben theihaften Personen, wenn sie als Kläger aufgetreten sind, noch weit weniger von der Nothwendigkeit, vor den Richtern der von ihnen angestellten Hauptklagen sich widerbeklagen zu lassen. Es ist hier kein Grund zu finden, aus welchem die Einrede der persönlichen Inkompetenz zuläßig sein sollte. Denn nicht einmal scheinbar stehen spezielle Prohibitivgesetze im Wege, Privilegien sind beschränkt und namentlich dahin auszulegen, daß sie von den Regeln über die Widerklage ergriffen und beherscht werden, und der Gerichtsstand der letzteren ist eben dadurch ausgezeichnet, daß er sich über eine Person erstreckt, welche in andern Fällen nur vor ihrem gewöhnlichen Richter Rede und Antwort zu geben verbunden ist [1]). Ueberhaupt ist das Richten durch Genossen oder Pers (Ebenbürtige, coaequales, consimiles, compani, pares, compares), von welchem Institute die persönlichen Privilegien des Gerichtsstandes noch Reste sind, beinahe gänzlich bei uns untergegangen; man hält es keineswegs mehr für unziemlich, man hat es vielmehr als einen verfassungsmäßigen Grundsatz ausgesprochen, daß unter Hohen und Niederen regelmäßig kein Unterschied des Gerichtsstandes Statt finden soll. Auf den etwaigen Willen des Privilegirten, wo er beklagt werden möchte, kommt es wie schon öfters bemerkt wurde, nicht an. Ueberdieß kann der Privilegirte in jedem einzelnen Falle auf sein Privi-

---

Konservative Bestimmungen sind enthalten im „Motu proprio“ des Papstes Pius VII. v. 6. Juli 1816. §§. 49. 55. 74.

1) Berger, oeconomia juris. (Edit. 7. studio Winckleri. Lipsiae 1771.) lib. IV. tit. 21. n. 2.

legium verzichten, ohne an die gnädige Erlaubniß seiner Obern oder seiner Standesgenossen gebunden zu sein, indem der Gebrauch oder Nichtgebrauch einer Prärogative für seine Person und seine Privatzwecke lediglich seine eigene Sache ist. Die Kompetenz des Richters kann also noch durch die freiwillige, wenn gleich ganz überflüßige, Unterwerfung der Partei verstärkt werden.

Militärpersonen haben in ihren kastenmäßigen Verhältnissen noch die meiste Aehnlichkeit mit den Geistlichen; denn die stehenden Heere bilden eine organisirte Zunft, und, bei ihrer künstlichen Lostrennung von der bürgerlichen Gemeinschaft, eine Art von Staat im Staate; an die Stelle des geistlichen Gehorsams tritt die disziplinäre Subordination, und die militärischen Privilegien scheinen mehr dem Stande, als den Individuen anzugehören [2]); allein da wir uns bereits gegen die persönlichen Privilegien der Geistlichen mit Gründen erklärt haben (§. 29.), so sind dadurch auch die der Soldateska untergraben. Ueberdieß sind die Militärpersonen in den meisten Ländern, bezüglich auf Civilsachen, den gewöhnlichen Civilgerichten unterworfen [3]), am Verzichte auf ihre etwäige Exemtion in solchen Fällen sind sie nicht gehindert, und die reinen Militärsachen, über welche die Militärgerichte noch Kompetenz haben, sind reglemantarischer und krimineller, nicht civilrechtlicher Natur [4]).

Von akademischen Personen wird zwar behauptet, daß sie auf ihren befreiten Gerichtsstand nicht verzich-

---

2) L. un. Cod. ut omnes jud. (1. 49.) L. 6. Cod. de jurisdict. omn. jud. (3. 13.)

3) Verfass. Urk. f. d. Königreich Baiern v. 1818. Tit. IX. §. 7. Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner Jahrg. 1827. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 131—133.

4) Verfass. Urk. f. d. Königreich Baiern v. 1818. Tit. IX §. 7.

ten könnten, weil angeblich die universitas selbst das Privilegium hat [5]); wir wiederholen aber, was über den Verzicht im vorigen §. gesagt wurde.

Die Geistlichen endlich, wenn sie, wie in Baiern [6]), einen privilegirten Gerichtsstand vor weltlichen Richtern haben, sind ebenfalls bei der Widerklage nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, zumal da sogar die Verbote in den Dekretalen (§. 29.) nur die Umgehung der damaligen geistlichen Gerichte betreffen, und die jetzigen Verhältnisse den Gesetzgebern jener Zeit gar nicht vorschwebten, folglich ihre Bestimmungen darauf keine Ausdehnung und Anwendung finden, vielmehr unwirksam geworden sind [7]).

Nur bei Gesandten und diplomatischen Agenten mögte eine Ausnahme Statt finden. Diese sind, als Repräsentanten einer fremden souveränen Macht, nach völkerrechtlichen Grundsätzen für die Dauer ihrer Gesandtschaft unverletzlich, Niemanden verantwortlich, als dem Staate, welcher sie abgeschickt hat, und der Gerichtsbarkeit des Staates, in welchem sie akkreditirt sind, nicht unterworfen [8]); sie können also, bei einer so radikalen Exemtion, weder als Beklagte noch als Widerbeklagte, vor die inländischen Gerichte gezogen werden. Diese Eigenschaft wird auch auf ihre Familie und ihr Gefolge erstreckt. Ob dieß vernünftig sei, wollen wir hier nicht untersuchen. Die genannten Personen haben aber eine solche Befreiung nicht anzusprechen, wenn sie zugleich Unterthanen desjenigen

---

5) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 207. am E.

6) Verfass. Urk. f. d. Königreich Baiern v. 1818. Tit. V. §. 5. Beilage II. §. 67.

7) Thibaut: System des Pandekten-Rechts. Bd. I. §. 52 am Ende.

8) Klüber: öff. Recht d. teutschen Bundes. §. 466. Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 32. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 97.

Staates sind, in welchem sie sich befinden, oder wenn sie sich irgendwo bloß als Privatpersonen, wie andere gewöhnliche Fremde, aufhalten. Im Geiste unseres praktischen, leider noch zu wenig ausgebildeten und zu zweifelhaften, Völkerrechtes scheint es zu liegen, daß ihnen ein Verzicht nicht unbedingt erlaubt ist, da ihre persönlichen Verhältnisse als mit den Interessen ihrer Souveräne zusammenhängend gedacht werden, und es meistens auf den Inhalt ihrer Vollmachten und Instruktionen ankommt. Doch hält man die Anerkennung der inländischen Gerichte in Beziehung auf dingliche Klagen für statthaft, wenn der Gesandte oder sonst Einer seiner Angehörigen in der Eigenschaft eines Forensen im Inlande Güter besitzt. Wird der Gesandte abberufen, so hat er für sich und die Seinigen, und wenn er stirbt, so haben Letztere den befreiten Gerichtsstand noch einige Zeit hindurch, jedoch in der Regel nicht über drei Monate anzusprechen [9]).

§. 31.

Da wir bisher die Frage behandelt haben: ob und wann der Richter eines nicht privilegirten Beklagten über einen persönlich privilegirten und von jenem widerbeklagten Kläger kompetent werde? so müssen wir nun auch umgekehrt erörtern, ob und wann der Richter eines privilegirten Beklagten über einen nicht privilegirten und von jenem widerbeklagten Kläger die Kompetenz erlange.

Wenn der Beklagte seinen privilegirten Gerichtsstand vor einer höhern Instanz hat, so ist der Kläger nicht verbunden, hier eine Widerklage anzunehmen, weil sein Recht auf drei Instanzen dadurch verletzt würde [1]). Er

---

9) Reinhardt a. a. O.

1) Entgegengesetzter Ansicht sind die Gebrüder Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. Bd. VII. Medit. 352. S. 5—9.

kann sich zwar auch hier nicht der, bei der Widerklage unzuläßigen, Einrede bedienen, daß der Richter nicht sein ordentlicher, und daß derselbe aus diesem Grunde inkompetent sei [2]); aber ihn schützt die Einrede der übersprungenen ersten Instanz, welche ihm nicht entzogen und verkümmert werden kann. Das Recht auf die ordnungsmäßigen Instanzen ist ein höheres, als das des Gegners auf die Widerklage und auf die Identität des Richters bei derselben. Auch ist bei dem letzteren Rechte der Verlust geringer, indem der Beklagte den Gegenstand seiner projektirten Widerklage auch durch eine gewöhnliche Klage verfolgen kann. Da nun die Gesetze bei der Widerklage das Instanzenrecht nicht aufgehoben haben, auch der Gerichtsstand derselben, als ein außergewöhnlicher, strenge zu erklären ist, so müssen wir, zum Beßten des widerzubeklagenden Klägers, bei der Instanzenfolge beharren. Sollte aber ein Zweifel obwalten, so läge ein Konflikt des Widerklägers und Widerbeklagten bezüglich des Gerichtsstandes vor, nnd wir müßten für die letztere, im Zweifel zu begünstigende [3]) Partei entscheiden. Die Stelle der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.): Cujus in agendo observat arbitrium (actor), eum habere et contra se judicem — non dedignetur," paßt nicht hierher, wenn wir sie auf eine freie Erwählung des Richters beziehen (§. 25.). Der widerzubeklagende Hauptkläger hat die höhere Instanz nicht in Folge seiner freien Wahl, sondern aus gesetzlicher Nothwendigkeit angesprochen; gerne hätte er wahrscheinlich bei der ersten Instanz geklagt, um auf den schlimmsten Fall desto öfter appelliren zu können. Bei ihm kann man also nicht so schließen: du hast diese Instanz gegen deinen Gegner gesetzt, folglich mußt du sie auch von diesem gegen dich selbst annehmen. Die höhere Instanz ist

---

2) L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.).

3) L. 38. pr. Dig. de re jud. (42. 1.) L. 125. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 11. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

hier ein Privilegium des Hauptbeklagten zum Nachtheile des Hauptklägers; es kann also durch die Auslegung nicht dahin erweitert werden, daß Jemand, der hier klagen muß, auch noch überdieß verbunden sein soll, hier sich beklagen zu lassen, und nicht nur seines ordentlichen Richters verlustig zu werden, was allerdings eine Widerklage mit sich bringt, sondern auch noch in den Instanzen zu kurz zu kommen, was aus der Widerklage nicht folgt. Zwar ist der Gerichtsstand vor der höhern Instanz in mancher Hinsicht auch für den Hauptbeklagten lästig, denn auch er hat dadurch einen kürzeren Instanzenzug; allein dieß ist nur oft seine Schuld, weil es ihm frei steht, auf sein Privilegium zu verzichten, und weil er, sobald er es nur rechtzeitig thut, die erste Instanz als Gerichtsstand für die gegen ihn gerichtete Hauptklage und sofort auch für seine Widerklage gewinnen kann [4]).

Bei privilegirten Gerichtsständen erster Instanz fällt der Verlust einer Instanz hinweg. Der Kläger, welcher bei einem solchen Gerichte aufgetreten ist, hat daher, auch die Verbindlichkeit, sich hier widerbeklagen zu lassen, soferne nur der Gegenstand der Widerklage dem Richter nicht entzogen ist (§. 27.). Die Person des Widerzubeklagenden macht hier keinen Unterschied. Zwar wird entgegengesetzt, die Richter persönlich privilegirter Personen, z. B. die Rektoren der Universitäten, wo die akademische Gerichtsbarkeit besteht, seien ausschließlich nur über beklagte privilegirte Personen kompetent, sie könnten also nicht über

---

4) Für das Ober-Appellationsgericht zu Celle ist ausdrücklich verordnet: „Wenn einr Sache in **prima instantia** an dieses unser höchstes Gericht gelanget, und der Beklagte den Kläger vor demselben **reconveniendo** belangen wollte, soll Unser Präsident, Vize-Präsident und Ober-Appellations-Räthe — dieselbe admittiren." Vgl. die Ordnung des königlichen Ober-Appellations-Gerichts zu Celle, herausgeg. v. Hagemann. (Hannover 1819) Th. II. Tit. V. §. 2. S. 115.

andere zu beklagende Parteien eine Kompetenz geltend machen [5]); allein wir verstehen auch diesen Grundsatz wieder nur von gewöhnlichen Klagen, nicht von Widerklagen, deren Eigenthümlichkeit die Kompetenz des Richters hinsichtlich der Person eines widerbeklagten Hauptklägers mit sich bringt. Ueberdieß da sogar ein priviligirter Kläger bei dem ordentlichen Richter des nicht Priviligirten widerbeklagt werden kann (§. 30.), so muß um so mehr ein nicht privilegirter Kläger bei dem Richter des privilegirten Beklagten eine Widerklage annehmen; denn ausserdem hätte ja der Bevorrechtete weniger Recht, als der einfach Berechtigte, was eine Absurdität wäre [6]).

Die freiwillige Unterwerfung des Nichtprivilegirten bestärkt noch die Kompetenz [7]). Mit Unrecht verwirft Glück [8]) die Prorogation. Er behauptet: die Natur der Privilegien erlaube dieses nicht, denn sonst würden Personen, die keinen privilegirten Gerichtsstand haben, sich eines solchen nach ihrem Gefallen theilhaftig machen können. Allerdings können Privilegien nur rechtlich verliehen, und als verliehene von ihren Inhabern ausgeübt, nicht genommen und nicht von Fremden usurpirt werden; allein wer in einem einzelnen Prozesse dem Privilegium seines Gegners sich unterzieht, gelangt so nicht in den aktiven Mitbesitz desselben, und von einer Ausdehnung auf andere Prozesse ist keine Rede, da doch Privilegien, wenn sie von Jemanden besessen werden sollen, nicht auf einen einzelnen Fall eingeschränkt sein können. Eine Usurpation durch den Nichtprivilegirten läßt sich um so weniger annehmen, als der Privilegirte selbst die Kompetenz seines Richters durch die von ihm erhobene Widerklage auf den

---

5) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 207. Nr. I.

6) Vgl. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 3. §. 22.

7) L. 29. Cod. de pactis. (2. 3.) Donelli comment. lib. XVII. cap. 10. §. 14.

8) Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 207. am E.

Nichtprivilegirten auszudehnen sucht und begehrt [9]). Endlich kommt der Widerbeklagte durch die Prorogation keineswegs in eine für ihn unbedingt vortheilhaftere Lage, was man doch bei dem Genusse eines Privilegiums (in heutiger Bedeutung) voraussetzen müßte; denn er verliert seinen ordentlichen Richter, und verlängert durch die Annahme der Widerklage seinen eigenen Prozeß, seine Handlung bringt dem Gegner Vortheile. Glück beruft sich auch noch auf die L. 2. Cod. si a non compet. jud. (7. 48.), in welcher der Kaiser Gordian verordnet: „Si militaris judex super ea causa, de qua civilibus actionibus disceptandum fuit, non datus, a quo dari poterat, cognovit: etiam remota appellatione id, quod ab eo statutum est, firmitatem judicati non habet.“ Dieses Gesetz steht mit dem unmittelbar vorausgehenden in Verbindung. Hier reskripirt Alexander: „Judex ad certam rem datus, si de aliis pronunciavit, quam quod ad eam rem pertinent, nihil egit.“ Gordian's Verordnung paßt also nicht hierher; denn es wird darin von dem Erkenntnisse des Richters über eine von seiner Kompetenz ausgeschlossene Sache, nicht über eine ihm entzogene Person gesprochen, und ferner wird die Ungiltigkeit des Spruches darin gesucht, daß der Richter von dem geeigneten Magistrate gar nicht aufgestellt war („non datus, a quo dari poterat“), in welchem Falle er keine Rechtsprechung (notio) hatte, und für sein Urtheil der Magistrat die Vollziehungsgewalt (imperium) nicht gebrauchen konnte („firmitatem judicati non habet [10]). Das Gesetz bezieht sich nicht auf persönliche Privilegien, sondern auf dingliche Verhältnisse und gegebene Richter.

Völlig außer Zweifel ist die Sache bei solchen Personen, welche das Privilegium haben, vor einer höheren Instanz oder sonst einem eigenen Gerichtsstande nicht nur

---

9) L. 9. §. 1. Dig. de aqua et aq. pluv. arc. (39. 3.)

10) Donelli comment. lib. XVII. cap. 6. §. 9. seq.

beklagt zu werden, sondern auch zu beklagen. Alsdann kann der beklagte Privilegirte vor seinem Richter unbedenklich widerklagen, weil ihm sein Privilegium für jede Klage den außerordentlichen Gerichtsstand gibt. Ein solches Privilegium ist im römischen Rechte dem Fiskus [11]) und den sogenannten mitleidswürdigen Personen (Witwen, Waisen, langwierig Kranken und andern Unglücklichen [12]) ertheilt. Denn wenn der Fiskus Jemanden bei dem rationalis belangte, fiel die Einrede des inkompetenten Richters hinweg, der Fiskus konnte sich darauf beziehen, daß bei seinem Gerichtsstande auch die von ihm Beklagten Recht nehmen müssen, und daß rücksichtlich seiner der Grundsatz gilt: reus sequitur forum actoris. Die genannten Personen, wenn sie mit einem als zu mächtig gefürchteten Gegner zu thuen haben, können bei dem Kabinete klagen ohne Rücksicht auf den sonstigen Gerichtsstand des Beklagten. Die Studenten auf der Universität Leyden waren ähnlich bevorrechtet, sie konnten jeden Gegner bei dem Rektor beklagen [13]). Auch Faber [14]) erzählt ein hierher gehöriges Beispiel von den Senatoren seines Vaterlandes. Bei uns cessiren meistens solche Privilegien; die Gesetze über die mitleidswürdigen Personen hat man dahin ausgelegt, daß sie berechtigt sein sollen, das ihnen bequemste Gericht anzugehen [15]); in jetziger Zeit wird kaum dieß als allgemeine Norm angenommen werden können [16]).

---

11) LL. 2. 5. Cod. ubi causae fisci ag. (3. 26.) Mühlenbruch: die Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte. §. 62. S. 609.

12) L. un. Cod. quando imper. inter. pupill. v. viduas. (3. 14.)

13) Donelli comment. lib. XVII. cap. 20. n. 2.

14) Conjectur. jur. civ. lib. XX. cap. 8. n. 11.

15) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 99.

16) Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 36.

Dritter Abschnitt.

Vom Gegenstande der Widerklage.

§. 32.

Unter dem Gegenstande einer Klage verstehen wir den materiellen Inhalt des gemachten Anspruchs oder der geforderten Verurtheilung, namentlich bei persönlichen Klagen die in Anspruch genommene Kausalität des Gegners, bei dinglichen Klagen die begehrte Sache. Der Gegenstand der Widerklage muß, um ein vollständiges Resultat zu gewinnen, hinsichtlich seiner Qualität und Quantität betrachtet werden. In qualitativer Hinsicht sind besonders vier Eigenschaften des Gegenstandes zu bemerken: 1) Die Klagbarkeit, 2) die Nichtidentität mit dem Gegenstande der Hauptklage, 3) die Konnexität mit dem letzteren, und 4) die Verträglichkeit mit dem Zwecke des Institutes und den Prozeßgrundsätzen.

§. 33.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Widerklage nur wegen solcher Gegenstände Statt finde, welche überhaupt klagbar sind, oder — um noch deutlicher zu reden — welche auch mit einer gewöhnlichen Klage verfolgt werden können. Die Widerklage ist nur eine prozessualische Form der klageweisen Rechtsverfolgung überhaupt (§. 2.); wo also das Klagerecht gar nicht als etwas

Gegebenes vorliegt, kann es nicht erst durch die Form der Klage aufgebracht werden, indem diese jenes als seine Substanz voraussetzt. Die Gesetze wollten durch Einführung des Institutes nicht neue Civilrechte geben, sondern nur die Durchsetzung der bereits gegebenen modificiren [1]). Was also nicht klagbar ist, das ist auch nicht widerklagbar. Dadurch unterscheidet sich die Widerklage wesentlich von der Einrede der Kompensation, welche auch wegen solcher Gegenstände Statt findet, die gerade nicht klagbar sind [2]) (§. 40.), und es ist hieraus ersichtlich, daß die Widerklage nicht in der Art, wie die Kompensation, zulässig ist.

§. 34.

Der Gegenstand der Widerklage kann mit dem der Hauptklage nicht identisch sein. Die Widerklage kann zwar auf etwas Aehnliches [1]) und Konnexes (§. 35.), aber nicht auf das Nämliche gehen, sie muß auf ein in irgend einer Hinsicht Verschiedenes gerichtet sein [2]); gleich der Hauptklage hat sie ausschließend ihren eigenen Gegenstand [3]) der insbesondere bei Berechnung der Appella-

---

1) L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) Cap. 3. de rescript. in VI. (1. 3.)

2) L. 6. Dig. de compens. (16. 2.): „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.“ Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 161. Krug: die Lehre von der Kompensation. §. 41.

1) Cap. 12. X. de fide instrum. (2. 22.): — „super similibus.“

2) Cap. 2. de ord. cognit. (2. 10.): „Intelligantur mutuae petitiones sese tanquam diversae minime contingentes.“ Cap. 10. X. de testib. cogend. (2. 21.): „Cum per conventionis et reconventionis modum super diversis capitulis lis fuerit legitime contestata.“

3) Nov. 96. cap. 2: „In utroque negotio.“ Auth. Et consequenter Cod. de sent. et interloc. (7. 45.): „Utrumque negotium.“

tionssumme als solcher erkennbar wird, da er mit dem der Hauptklage nicht zusammengeworfen werden darf [4]).

Identität des Streitgegenstandes ist schon nach der Natur der Sache gar nicht denkbar. Würde eine Partei in Beziehung auf das vom Kläger Begehrte sich vertheidigend verhalten, so wäre sie bloß Beklagter, nicht Widerkläger, und bliebe bei Einlassung und Einreden stehen. Einlassung und Einreden unterscheiden sich auch gerade dadurch wesentlich von der Widerklage, daß sie in umgekehrter Tendenz auf den Gegenstand der Klage vorgebracht werden, indem der Beklagte die klägerische Zumuthung dadurch zurückzuweisen sucht [5]). Die Einrede der Zahlung, wie viele andere Einreden, setzt sogar die nämliche causa debendi voraus [6]). Die Einrede der Kompensation zieht zwar häufig eine andere causa debendi in den Prozeß [7]); aber es soll damit doch immer nur der klägerische Anspruch beseitigt werden; sie hat also doch nur den Klagegegenstand im Auge. Dieß zeigt die Definition in L. 1. Dig. de compens. (16. 2.): „Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.“ Ist die klägerische Forderung regulirt, so hört die Kompensation auf, ein sicheres Zeichen, daß diese nichts Eigenes beabsichtigt. Immer würde dem Beklagten, wenn er, statt gegen das Begehren des Klägers sich mit einer negativen Einlassung oder mit Einreden zu schützen, den Klagegegenstand selbst

---

4) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 403. N. 16. Ordnung d Königl. Ober-Appell.-Gerichtts zu Celle. herausgeg. v. Hagemann. Th. II. Tit. V. §. 1,

5) L. 2. pr. Dig. de except. (44. 1.): — „Ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.“

6) Hasse im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VII. Nr. IX. S. 160.

7) Gaji comment. lib. IV. §. 61. Pauli recept. sent. lib. II. tit. 5. §. 3. §. 39. Instit. de action. (4. 6.) Hasse a. a. O. S. 159.

widerklagend verfolgen wollte, nicht nur die Legitimation fehlen, sondern auch die Rechtshängigkeit entgegenstehen [8]). — Würde eine Partei angreifend und gemeinschaftlich mit einem Kläger den nämlichen Gegenstand verfolgen, so könnte sie — weder in der Eigenschaft eines Beklagten, noch eines Widerklägers — des Klägers Gegner, sie müßte vielmehr sein Prozeßfreund und Verbündeter, sein Streitgenosse sein, und nicht feindlich wider denselben, sondern im guten Einvernehmen neben ihm stehen. Auch könnte dann nur eine einzige und gemeinsame Klage Beider vorhanden sein, während im Falle einer Widerklage zwei sich kreuzende Klagen gegeben sind. — Wenn aber, wie in der L. 35. Dig. de jure fisci (49. 14.), von zwei Personen das Nämliche nicht gemeinschaftlich gefordert wird, sondern wenn jede das Ganze für sich allein anspricht, und der andern den Rang abzulaufen sucht, so sind beide Personen in zwei Prozessen gegen einen dritten Beklagten getrennte klagende Parteien. Wo eine Widerklage erhoben ist, wird jeder Theil in einer Person zugleich Kläger und Beklagter, der eine ist Hauptkläger und Widerbeklagter, der andere Hauptbeklagter und Widerkläger (§. 15.). Diese Duplizität der Rollen ist bloß unter der Voraussetzung verschiedener Ansprüche möglich; ohne eine solche Nichtidentität würde sich — die judicia duplicia etwa ausgenommen (§. 6.) — eine völlig absurde und unzulässige [9]) Personeneinheit des Klägers und Beklagten einstellen. Man lasse sich nicht durch eine bloß scheinbare Identität in den Klaggesuchen täuschen. Wenn z. B. bei gegenseitigen Injurien jede Partei Ehrenerklärung fordert, so ist doch der Gegenstand nicht identisch, weil zwei Injurien vorliegen,

---

8) Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Hauptblatt. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 124.

9) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 107.

und jede Partei eine andere und anders substanzirte Ehrenerklärung fordern muß. Eben so wenig ist die Identität der Quelle mit der Identität der Ansprüche zu verwechseln; die actio directa und contraria entspringen aus dem nämlichen Vertrage (§. 6.), und doch hat jeder Kontrahent einen andern Anspruch. Auch im Konkurse, wenn zwei Gläubiger die nämliche Lokation begehren, hat jeder einen andern Titel, der A. z. B. ein Darlehen vom Jahre 1828, der andere ein Darlehen von 1834, der eine von 100, der andere von 300 Gulden. — Ueberall tritt bei der Widerklage, gegenüber der Hauptklage, die Nichtidentität der Gegenstände hervor, und jene ist darum auch kein bloßes accessorium und keine Doppelgängerin der letzteren, sondern objektiv selbständig (§. 2.).

In dieser Ansicht haben die Rechtsgelehrten sich durch den Ausdruck: „in eodem negotio," in der L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) beunruhigen lassen, wiewohl mit Unrecht. Negotium bedeutet hier nicht den Streitgegenstand (§. 7. Nr. 4.), und wenn es denselben bedeuten sollte, so könnte, freilich etwas im Widerspruch mit der sonstigen juristischen Schreibart (§. 35.) „idem" keine Identität, sondern nur eine Aehnlichkeit oder einen gleichen Ursprung der Gegenstände bezeichnen [10]). Wir haben so eben gezeigt, daß die Identität absurd sei; wir müssen soviel Achtung vor dem juristischen Takte des Gesetzgebers haben, daß wir ihm nicht eine Absurdität aufbürden, so lange noch eine vernünftige Auslegung übrig ist, und dabei die Vorschrift von Celsus in der L. 19. Dig. de legib. (1. 3.) beachten: „In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret: praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit" [11]). Negotium muß hier in

---

10) Robert de non-usu pract. dist. inter mut. petit. atque reconvent. §. 18.

11) Vgl. L. 3. Dig. de reb. dub. (34. 5.)

der Bedeutung von judicium genommen werden [12]). Auch in der teutschen Sprache wird der Prozeß Rechtshandel genannt, was so ziemlich mit dem römischen negotium übereinstimmt [13]). Die römischen Quellen enthalten mehrere Stellen [14]), wo man die erwähnte Bedeutung erkennen kann. Hierzu kommt eine Aeusserung Justinian's in der Nov. 96. cap. 2.: „Sancimus igitur, si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra eum conventionem exposuit, non apud alium judicem, sed apud eum mox a principio convenire, et eundem esse judicem in utroque negotio." Hier bedeutet offenbar negotium den Streitgegenstand oder die Klage. In den Basiliken [15]) heißt es: „ἐφ ἑκάτερας ὑποθέσεως".

---

12) Jani a Costa in Decretal. lib. II. tit. 4. pag. 387. Robert de non-usu pract. dist. inter mut. petit. atque reconvent. §. 18.

13) Rechtshandel in der Bedeutung von Rechtsgeschäft in der allgem. Ger. Ord. f. d. preuß. Staaten (v. 1793.) Th. I. Tit. 19. §. 1.

14) Gaji comment. lib. IV. §. 184. L. 3. §. 8. L. 41. Dig. de negot. gest. (3. 5.) L. 45. pr. Dig. de re jud. (42. 1.) L. 27. Dig. de appell. et relat. (49. 1.) L. 2. Dig. de appell. recip. (49. 5.) L. 34. Dig. de jure fisci. (49. 14.) LL. 8. 15. Dig. de legation. (50. 7.) L. 7. Cod. de jur. et facti ignor. (1. 18.) L. 6. pr. §. 1. Cod. de postul. (2. 6.) L. 9. Cod. de procur. (2. 13.) L. 3. Cod. de pedan. jud. (3. 3.) L. 40. Cod. de liberali causa (7. 16.) L. 7. Cod. de ord. cognit. (7. 19.) L. 3. Cod. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) Auch im kanonischen Rechte. Cap. 1. X. de mut. petit. (2. 4.) Cap. 5. in f. X. ut lite non contest. (2. 6.) Cap. 5. X. de except. (2. 25.) Cap. 53. X. de appell. (2. 28.) Vgl. Marani opera omnia ad lib. 3. tit. 5. Dig. pag. 103. Edit. Trajecti ad Rhen.

15) Basilicor. lib. VII. tit. 4. cap. 1. (Ed. Heimbach, tom. I. pag. 269.)

und in der lateinischen Uebersetzung: „utriusque actionis“, besser nach Homberg: „in utraque causa“ [16]). Justinian erklärt sich also selbst gegen die Identität des Streitgegenstandes, indem er zwei negotia annimmt, und wenn auch die Novelle jünger ist, als unser Gesetz, so erhellt doch nicht, daß Justinian früher die Nichtidentität verkannt habe. Die Nov. 99. cap. 1. und die Authent. Et consequenter. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) können als Paralellstellen gelten.

Ueberall, wo man vielleicht Identität des Gegenstandes zu erblicken glaubt, ist es nur Schein. So z. B. wenn die eine Partei den Besitz, die andere das Eigenthum des nämlichen Grundstückes begehrt. Die beiden Gegenstände sind hier Besitz und Eigenthum, welche bekanntlich sehr verschieden sind, und es macht nichts zur Sache, daß sie sich auf das nämliche Grundstück beziehen, indem sie dadurch noch nicht vermittelt und identifizirt werden. Bei näherer Ansicht wird auch erkennbar, daß unter Voraussetzung des nämlichen Grundstückes der Beklagte gar nicht Widerkläger werden kann. Sucht nämlich A. den Besitz zu erlangen, so kann B. nicht auch auf den Besitz widerklagen, weil er ihn, wenn anders die Klage gegen ihn zulässig sein soll, bereits haben muß (§. 28.), und weil die possessorische Klage keine klagbare Besitzstörung enthält [17]); der Beklagte kann also höchstens das prätendirte Besitzrecht leugnen und elidiren, seinen besseren Besitz behaupten und nachweisen, allenfalls auch Thatsachen anführen und beweisen, aus welchen sein, das definitive Besitzrecht involvirendes, Eigenthumsrecht folgt, d. h. mit andern Worten: B. kann nur widersprechen, sich mit Einreden helfen, und Befreiung von den Ansprüchen des Gegners, nicht aber wider-

---

16) Robert de non-usu pract. dist. inter mut. petit. atque reconvent. §. 18.

17) L. 155. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

klagend dessen Verurtheilung begehren. Er erreicht so ganz seinen Zweck. Hat aber A. die Eigenthumsklage mit der Besitzklage gehäuft, so muß B. um so mehr in der Rolle eines Beklagten verbleiben. Da nämlich jetzt die Parteien sich direkt entgegengesetzte Tendenzen haben, so daß B. nichts wollen und begehren kann, als das Gegentheil von demjenigen, was A. will und begehrt, so ist B. auf eine bloße (zugleich possessorische und petitorische) Vertheidigung angewiesen.

§. 35.

Daß die Gegenstände beider Klagen mit einander materiell konnex [1]), d. h. daß sie ihrem Ursprunge und Wesen nach mit einander verwandt seien, und in Verbindung stehen, wird, nach der Theorie des gemeinen teutschen Prozesses, nicht erfordert, vielmehr darf auch ein Gegenstand, welcher mit dem der Hauptklage nicht konnex ist, mit einer Widerklage verfolgt werden [2]).

Wahrscheinlich war dieß schon in der klassischen Zeit, nach dem Aufhören der legis actiones und nach der begründeten Herrschaft der Billigkeit, wie sie sich allmählig in der Kompensation aussprach, erlaubt (§. 5.). Denn die Widerklage entwickelte sich aus und neben der Kompensation. Die Kompensation aber hat das Eigene, daß sie auf einer andern causa debendi beruhen kann, als die Klage [3]), und folglich mit dieser nicht materiell konnex sein muß. Ließ man daher die nicht materiell konnexe Kom-

---

1) Formell konnex werden sie allerdings durch das idem judicium. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 54.

2) Martin: Lehrb. d. Proz. §. 56. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 95.

3) Gaji comment. lib. IV. §. 61. Pauli recept. sent. lib. II. tit. 5. §. 3. §: 39. Inst. de action. (4. 6.) Hasse im Archiv. f. d. civilist. Praxis. Bd. VII. Nr. IX. S. 159.

pensation zu, so mußte man auch konsequent die nicht konnexe Widerklage zulassen. Auch schweigen die klassischen Juristen völlig von der Konnexität, und wir dürfen daher das Verbot der nicht konnexen Widerklage nicht erst fingiren.

Es fragt sich auch hier wieder, ob nicht durch die L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) eine Aenderung gemacht, und die materielle Konnexität erfordert worden sei, weil es darin heißt: „in eodem negotio.“

Das Wort negotium kann hier in drei Bedeutungen genommen werden: 1) als Streitgegenstand (causa, θεσις), 2) als das der Klage zum Grunde liegende Rechtsgeschäft (auch causa, ὑποθεσις) oder als faktischer Klagegrund (fundamentum agendi), und 3) als prozessualisches Verfahren (Rechtshandel, judicium, δικη).

Daß es die erste Bedeutung nicht habe, ist im §. 34. ausgeführt worden. Nimmt man idem als gleichbedeutend mit simile, so könnte freilich negotium auf den Streitgegenstand bezogen werden, denn über einen Gegenstand, der mit dem der Hauptklage bloß Aehnlichkeit hat, ist eine Widerklage denkbar; allein wir haben nicht zureichende Gründe, um vorauszusetzen, daß in dem Gesetze die gewöhnliche und feste Bedeutung des Wortes idem verlassen worden sei. Hätte man von einer bloßen Aehnlichkeit sprechen wollen, so würde man gesagt haben in simili oder in pari negotio, wie es auch wirklich im Cap. 1. X. de fide instrum. (12. 4.) „super similibus“ heißt. Die Juristen verstanden diese Beiwörter ganz gut, und idem ist davon genau unterschieden [4]).

---

4) Gaji comment. lib. IV. §. 61. Pauli recept. sent. lib. II. tit. 5. §. 3. §. 39. Inst. de action. (4. 6.) Pr. Const. Tanta circa, de confirm Dig. L. 12. Dig. de legib. (1. 3.) L. 26. §. 9. Dig. ex quib. caus. major. (4. 6.) Vgl. die vielen Gesetze, welche mit „Idem“ anfangen, in dem index legum des Corpus juris.

Die zweite Bedeutung ist im Allgemeinen dem römischen Sprachgebrauche angemessen [5]). Nimmt man diese an, so bezieht sich das idem negotium auf die konnexen Sachen, und bloß bei solchen sind Widerklagen gestattet. Denn die materielle Konnexität zweier Sachen besteht gerade darin, daß sie die nämliche Wurzel haben, oder aus dem nämlichen Rechtsgeschäfte hervorgegangen sind. Insbesondere gehören hierher die beiderseits verbindenden Verträge, und die Fälle, wo eine actio directa und contraria Statt hat (§. 6.). In letzterer Beziehung hat man ein besonderes Gewicht auf den Ausdruck „e contrario“ gelegt, und darin, ziemlich willkürlich, die actio contraria erkennen wollen [6]). Der Sinn der Stelle wäre dann etwa folgender: Judicem, cujus arbitrium (competentiam) actor in conventione contra adversarium observat (agnoscit), in conditione rei reconventi contra semet ipsum agnoscere debet, puta eo casu, ubi conventio et reconventio ex eodem negotio, tanquam communi fundamento, originem sumunt. Diese Bedeutung nehmen wir aber nicht an. Schon vor Justinian war das idem judicium für konnexe Sachen eingeführt [7]); das Gesetz wäre also überflüßig gewesen. Ferner haben wir gezeigt,

---

5) §. 8. Inst. de testam. ordin. (2. 10.) Tit. Dig. de negot: gest. (3. 5.) L. 1. §. 8. Dig. de his qui effud. v. dejec. (11. 3.) L. 4. Dig. quod jussu. (15. 4.) L. 1. Dig. de aestim. (19. 3) LL. 15. 19. pr. Dig. de praescript. verb. (19. 5.) L. 50. pr. Dig. de jure dot. (23. 3.) L. 70. §. 2. Dig. de legat. I. (30.) L. 35. Dig. de re jud. (42. 1.) L. 3. Dig. de reb. auctorit. jud. (42. 5.) L. 5. §. 1. Dig. de oblig. et act. (44. 7.) L. 5. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Vgl. auch Cap. 10. X. de verb. signif. (5. 40.)

6) Robert de non-usu pract. dist. int. mut. petit. atque reconvent. §. 18. pag. 41.

7) L. 11. §. 1. Dig. de jurisdict. (2. 1.) L. 54. Dig. de judiciis. (5. 1.) L. 2. Cod. ibid. (3. 1.) L. 5. Cod. arbitr. tut. (5. 51.)

daß die Widerklage schon in der klassischen Zeit wegen nichtkonnexer Sachen zuläßig war. Das Gesetz würde also eine Beschränkung des ältern Rechts enthalten, wenn darin Konnexität gefordert würde, und doch geht Justinian's ganze Tendenz auf Erweiterung; denn es heißt im Texte: „Papiniani sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus.“ Zwar bemerkt die Glosse: „Papinianus permittebat reconventionem ex eadem causa tantum,“ wobei die causa den Klagegrund zu bedeuten scheint, und sie will die Neuerung Justinian's darin finden, daß dieser auch ex alia causa die Widerklage zuließ. Allein diese Ansicht ist unbegründet und unrichtig. Die Quästionen Papinian's sind verloren, wir kennen seine Disposition bloß aus der Erzählung Justinian's. Dieser erzählt uns aber, daß Papinian nichts weiter eingeführt habe, als die Macht des Richters, den widerbeklagten Kläger zu verurtheilen (§. 7. Nr. IV.) Davon, daß Papinian nur ex eadem causa eine Widerklage zugelassen habe, wird kein Wort gesagt, und wenn man uns hier fragt, worin denn die Erweiterung des papinianischen Rechtes bestehe, wenn sie nicht in dem idem negotium läge? so antworten wir, daß sie allerdings hierin gesucht werden könne, allein, daß sie, weil wir negotium anders verstehen, nicht in der Konnexität bestehe, und negotium folglich den Klagegrund nicht bedeute (§. 7. Nr. IV.).

Die Glosse kommentirt den Ausdruck: „in eodem negotio,“ mit folgender Ausführung: „sc. maxime: nam idem et si de alio reus reconveniat actorem. Vel dic verius idem negotium dici, quia idem actor, reus et judex, licet sit alia res: et sic insti. de ac. §. Si minus“ [8]). Die Glosse sucht hier dem Texte nicht geringe

---

8) §. 34. Inst. de action. (4. 6.): „Si minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat: veluti si cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari

Gewalt zuzufügen. Sie mengt den Beisatz „maxime“ ein, als wenn es sich von selbst verstünde, daß das idem negotium (letzteres Wort als Streitgegenstand oder als Klagegrund genommen) für die Widerklage keine Vorbedingung, sondern nur ein dabei vorkommender Umstand wäre. Sie verändert dadurch wesentlich den Sinn, und begeht eine petitio principii, da die Bedeutung des idem negotium nicht durch einen willkürlichen Beisatz bewiesen werden kann. Sie erklärt Etwas in den Text hinein, anstatt Etwas herauszuerklären. Im Gefühle, wie wenig dieser gewagte Schritt zur Ueberzeugung führe, faßt auch die Glosse sogleich das negotium in der Bedeutung des prozessualischen Verfahrens auf, und erklärt dessen Identität aus der Identität der Hauptpersonen. Als Streitgegenstand oder Klagegrund kann hier die Glosse das negotium deßwegen nicht verstanden haben, weil diese durch die bloße Identität der Personen noch nicht identifizirt werden, und weil die angeführte Paralellstelle der Institutionen von einem idem judicium spricht. — Noch ein Grund ist übrig, um die Auslegung des negotium als Klagegrund abzuweisen. Hätte nämlich Justinian diesen Sinn damit verbunden, so hätte er statt in eodem negotio sagen müssen ex eodem negotio, wie der juristische Sprachgebrauch in andern Stellen [9]) sich äußert.

Folglich hat negotium hier die dritte Bedeutung von judicium (§. 34.). Sehen wir unser Gesetz genauer an, so gewinnt diese unsere Meinung eine immer festere

---

oportere intenderit: aut si, cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit: sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio ei condemnat ex constitutione divae memoriae Zenonis.“

9) Gaji comment. lib. IV. §. 61: „ex eadem causa.“ Pauli recept. sent. lib. II. tit. 5. §. 3: „ex causa dispari, ex diverso contractu.“ §. 39. Inst. de action. (4.6.): „ex eadem causa.“

Grundlage. Wir haben in demselben drei Theile zu unterscheiden: 1) den geschichtlichen Theil oder den Vortrag von Papinian's Lehre, 2) den gesetzlichen Ausspruch Justinian's (tenor legis), und 3) die Motivirung (ratio legis). In den dispositiven Worten allein müssen wir die Disposition suchen, in der Motivirung nur die Rechtfertigung der Disposition. Von einer materiellen Konnexität ist nun aber weder im ersten, noch im zweiten Theile die Rede. Justinian erzählt uns bloß: Papinian habe den Richter ermächtigt, auch den widerbeklagten Kläger zu verurtheilen; dieses bestätigt er, und macht eine neue Disposition, welche darin besteht, daß der Richter den Kläger auch dann verurtheilen dürfe, wenn ihm anderweitig die Kompetenz mangle. Dieß wird im letzten Satze so motivirt: „Cujus in agendo observat arbitrium (actor), eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur", d. h. der Kaiser sagt: wenn Jemand einen Richter mit seiner Klage implorirt habe, um den Gegner verurtheilen zu lassen, so sei es billig, daß er diesen Richter auch anerkenne, wenn der Gegner seine (des Klägers) Verurtheilung begehre; von dieser Ansicht geleitet, habe er die Einrede der Inkompetenz außer Wirksamkeit gesetzt. Der Nachdruck der Stelle liegt in den Worten: „in agendo" und „contra se." Der Ausdruck: „in eodem negotio" ist nur beiläufig und untergeordnet in einer Weise eingeschoben, die erkennen läßt, daß damit nur erläutert, aber Nichts statuirt werden soll. Hätte Justinian die wichtige Beschränkung der Widerklage auf konnexe Sachen aussprechen wollen, so würde er dieß gewiß in den dispositiven Worten gethan, und seinen Ausspruch nicht in dem lediglich motivirenden Schlußsatz auf einen verlornen Posten gestellt haben. Ja — es hätte wohl auch diese Beschränkung nicht so geradezu hingeworfen werden können, sondern ebenfalls motivirt werden müssen. Dieß Alles gewinnt um so mehr Wahrscheinlichkeit, wenn wir erwägen, daß schon längst die Kompensation ex dispari causa et diverso contractu

zuläßig war [10]). Da die Widerklage bei den Römern der Kompensation so nahe stand, so wäre wohl eine deutliche, scharfe und mit Gründen unterstützte Anordnung erforderlich gewesen. Wie hätte aber Justinian im Sinne haben können, die Widerklage in einen Kreis einzuschließen, welchen die Kompensation schon im vorjustinianeischen Rechte überschritten hatte, da doch sein Gesetz die Tendenz der Erweiterung ausspricht? Justinian's Motiv mögte in folgender Umschreibung wahrhaft sich zeigen: Aequum nobis visum est, actorem competentiam judicis, quam contra reum condemnandum in conventione agnovit, etiam contra semet ipsum in reconventione rei non dedignari, ideoque utramque causam conventionis et reconventionis in eodem negotio ventilari [11]). Daß Justinian nicht statt negotium das Wort judicium gebraucht hat, kommt wahrscheinlich daher, daß er in seine Ausdrücke Abwechslung bringen wollte [12]). Vielleicht wäre auch in unserer Stelle judicium den Römern zweideutig gewesen, weil es noch von der klassischen Zeit her das Verfahren vor dem judex, im Gegensatze des Verfahrens vor dem Magistrate, bedeutete, wenigstens wenn von ältern Zuständen gesprochen wurde, und von einem solchen Gegensatze wollte Justinian auch nicht im Entferntesten hier etwas merken lassen. In eadem lite konnte aber deßhalb nicht wohl gesagt werden, weil im Falle einer Widerklage wirklich zwei Rechtsstreite (lites) existiren [13]), die aber in

---

10) Pauli recept. sent. lib. II. tit. 5. §. 3.

11) Vgl. auch die Paraphrase oben §. 7. Nr. IV.

12) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 1. §. 8.

13) L. un. Cod. de satisdando. (2. 57.) Nov. 96. cap. 2: „Utramque litem.“ Cap. 1. X. de mutuis petit. (2. 4.): „Utriusque negotium.“ Basilicor. lib. VII. tit. 4. cap. 1. (Ed. Heimbach, tom. I. pag. 269): „*Παρ᾽ ᾧ πάλινόμοίως ἑκατεραν αγωνίζεσθαι προσήκει δίκην.*“

ein und das nämliche Verfahren verschlungen sind, (§. 41.) und weil negotium eben so wohl die erstere, als die letztere Bedeutung unzweifelhafter, als das Wort lis, hat. In unserem Gesetze ist also nichts davon gesagt, daß der Gegenstand der Widerklage mit dem der Hauptklage materiell konnex sein müsse; nach dem Grundsatze: was nicht durch Gesetze und gesetzliche Folgerungen verboten ist, das ist erlaubt, sind sohin auch Widerklagen auf nicht materiell konnexe Gegenstände zuläßig.

Die Praxis des Reichskammergerichtes, welche aber kein gemeines Recht ausmacht, hat sich für die Nothwendigkeit der materiellen Konnexität erklärt [14]), und mehrere Landesgesetze [15]) stimmen damit überein.

§. 36.

Auf dem höheren Standpunkte der kritischen Betrachtung stellt sich die regelmäßige Zulassung auch der materiell

---

14) Goldschmidt: Abhandl. aus d. teutschen gem. Civilproz. S. 28. Note 7. und die dort angeführten Schriftsteller. Pütter, in seiner introductio in rem jndiciariam imperii, speciatim quoque amborum supremorum imperii tribunalium (Goettingae 1752). §. 432, nimmt sogar die materielle Konnexität in die Definition der Widerklage auf: „Reconventio intelligitur actio, quam reus contra actorem vicissim instituit ex eodem negotio, quod in actione continetur; non mutua quaevis petitio ex diverso forte negotio descendens hoc nomine admittenda est.“

15) Z. B. das sächsische Recht, Vgl. Berger, oecon. jur. lib. IV. tit. 31. Teller, diss. de reconvent. §. 12. Hennings: die Zuläßigkeit der Widerklage. S. 36. Kori: üb. d. Exekutivprozeß. u. d. Widerklage. §. 6. Biener, systema process. tom. II. §. 311. — Ordnung d. königl. Ober-Appell.-Gerichts zu Celle, herausgeg. v. Hagemann. Th. II. Tit. V. §. 2. — Die nassauische Prozeß-Ord. v. 1822. Vgl. Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VI. Nr. I. S. 23. — Vgl. auch d. allgem. Gerichtsord. f. d. preuß. Staaten v. 1793. Th. I. Tit. 19. §§. 1. 9.

nicht konnexen Widerklage nicht als empfehlenswürdig dar. Schon das Motiv, durch welches zum Theil die Einführung der Widerklage veranlaßt wurde, nämlich Verminderung der Prozesse und der Kosten (§. 3.), bringt uns zu dieser Ansicht. Die Verminderung der Prozesse hat nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn die übrig bleibenden nicht wieder durch ihre Ueberladung und Länge ein neues Uebel erzeugen, und wenn sie nicht dadurch ebenfalls bedeutende Kosten, welche die vermiedenen noch überholen, mit sich bringen. Es wäre nichts gewonnen, und der bezweckte bessere Zustand der Parteien vereitelt, wenn durch die Widerklage die Prozesse zwar quantitativ verringert, aber qualitativ erschwert würden. Diese Mißverhältnisse müssen in Folge einer über die materielle Konnexität hinausgetriebenen Begünstigung der Widerklage oft eintreten. Das erste Prinzip aller Ordnung erfordert, daß man das Verwandte zusammenstelle, das Fremdartige aber von einander scheide, daß man also zwei Klagen nur dann durch das nämliche Verfahren formell verbinde, wenn sie auch materiell konnex sind, und so von selbst in einander greifen. Die formelle Konnexität soll die materielle begleiten, man soll aber nicht Elemente äußerlich zusammenzwingen, welche genetisch und inhaltlich verschieden sind, und nur in der Identität der Parteien zusammentreffen. Würde die letztere allein das idem judicium rechtfertigen, so könnte man jeden Prozeß zu einer Auseinandersetzung aller gegenseitigen Ansprüche, zu einem Generalakt machen, in welchem ein Chaos der fremdartigsten Dinge sich sammelte, und der Gerichtsstand hätte, analog wie bei dem Konkursprozesse, den Charakter der Universalität in Beziehung auf alle möglichen Ansprüche des Klägers an den Beklagten und des Beklagten an den Kläger. Es gibt ein höheres und mächtigeres Prinzip, als die Prozeß- und Kostenverminderung, nämlich das der ordnungsmäßigen Einheit, von welchem alles Heil menschlicher Handlungen abhängt. Jedes judicium muß einen einzigen Mittelpunkt haben, von welchem alle Radien ausgehen, und in welchen sie

wieder ſich einſenken (§. 25.). Durch die Zulaſſung einer materiell nicht konneren Widerklage wird jene Einheit zerriſſen, und der Prozeß in ungleichartige Tendenzen verzogen. Was hat z. B. ein Kauf mit einem Verlöbniſſe zu ſchaffen, wenn er ohne Rückſicht auf dieſes abgeſchloſſen worden iſt? Die natürliche Verſchiedenheit wird auch in der unnatürlichen Identität des Prozeſſes immer hervortreten, und die Unverträglichkeit der Gegenſtände bewähren. Der Richter iſt dabei in ſeiner kombinirenden Funktion ein juriſtiſcher Arzt, der zwei disparate Rechtskrankheiten durch das nämliche Heilverfahren zu heben ſucht. Mechaniſch kann er die Verhandlungen und Urtheile neben einander ſtellen, aber ſie nicht innig verbinden; ſomit iſt die vernünftige Tendenz des gemeinſchaftlichen Prozeſſes, zwei oder mehrere gegenſeitige Anſprüche ſich durchdringen zu laſſen, um ſie in ein einziges Reſultat aufzulöſen, vereitelt. Wenn der Beklagte die Kauffrage beantwortet, abſtrahirt er völlig von dem Verlöbniſſe, und wenn er das Verlöbniß widerklagend verfolgt, verläßt er den Kauf. Eben ſo der Kläger in ſeinen Vorträgen, und der Richter in ſeinen Entſcheidungen. Es wäre alſo beſſer gethan geweſen, wenn man, den natürlichen Indicationen getreu, der Ungleichartigkeit der Gegenſtände durch eine Duplizität des Verfahrens und ein Binomium der Akten Rechnung getragen hätte. Der Richter komplizirt und verwirrt nur, und dieß iſt weder für ihn ein Gewinn, noch für den Geſetzgeber, welcher es anordnete, eine Ehre. Eine beſondere Koſtenerſparniß kommt ohnehin nicht heraus. In beiden Klagen werden in der Regel vier Sätze gepflogen, und die acht Prozeßhandlungen bringen acht Zahlungsposten nach der Taxe hervor, nicht viel anders, als wenn ſie getrennt wären vorgenommen worden. So iſt es auch bei den Beweisſätzen. Umfaßt auch ein Libell, ein Dekret oder ein Urtheil beide Sachen zugleich, ſo iſt es auch deſto mühevoller und voluminöſer, als ein anderes, und folglich theuerer, die Taxe mag nun nach dem geiſtigen Aufwande, oder nach der Bogenzahl berechnet werden. Bei getrennter Behand-

lung ergibt sich auch noch der pekuniäre Vortheil, daß der Sieger in der früher erledigten Sache eher wieder zu Geld gelangt, und desto leichter die Kosten in dem andern Streite tragen kann.

Die Widerklage soll eine Begünstigung des Beklagten sein; daraus läßt sich aber die Räthlichkeit materiell nicht konnexer Widerklagen noch nicht ableiten. Wenn es auch an sich billig und nebstdem im positiven Rechte anerkannt ist, daß der Beklagte, als der angegriffene Theil, gewisse Vortheile genieße, so muß doch die Begünstigung ihre Schranken haben, und der Beklagte ist nicht anzusehen wie ein verzogenes Schooskind, dem jeder Wille geschehen muß. Der Kläger, indem er klagt, handelt nicht widerrechtlich [1]), und nach dem Grundsatze, daß im Civilrecht eine gute Absicht vermuthet werden soll [2]), ist vorläufig anzunehmen, daß er einen rechtmäßigen Prozeß führe, wenigstens in dem Maaße, daß er nicht für verbunden gehalten werden kann, seine Rechtsverfolgung durch den Gegner ohne Noth sich erschweren zu lassen [3]). Die Widerklage ist aber wirklich eine Erschwerung, weil der Kläger, selbst gegen seinen Willen, auch noch die Rolle eines Beklagten übernehmen muß, und weil der Prozeß durch neue Verwicklungen beladen, verzögert, und vertheuert wird, und sie ist eine unnöthige, sogar unnatürliche und unjuristische Erschwerung, wenn die Widerklage nicht materiell konnex, sohin zur Klage nicht gehörig ist.

Aus der etwaigen Zweckmäßigkeit, die Einrede der Kompensation auch ex dispari causa zu gestatten (§. 34. Note 7), folgt die analoge Zuläßigkeit der materiell nicht konnexen Widerklage keineswegs, indem diese von jener wesentlich verschieden ist (§. 3.). Die Einreden

---

1) LL. 55. 63. 151. 155. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

2) Cap. 2. X. de reg. jur. (5. 41.) Cap. 8. de reg. jur. in VI. (5. 12.)

3) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 118.

nämlich gehören zur Vertheidigung, welche dem Beklagten in ihrem ganzen Umfange gestattet ist [4]), die Widerklage enthält einen Angriff; von der Zuläßigkeit einer Klage kann man auf die Zuläßigkeit einer Einrede, als von dem Größeren auf das Kleinere [5]), schließen [6]) aber nicht umgekehrt, wenigstens nicht regelmäßig [7]), und endlich gehen Einreden immer auf die Klage (§. 34. Note 5.), und haben insoferne zu ihr eine materielle Beziehung, während die Widerklage ganz außer dem Zusammenhange stehen kann, z. B. wenn auf ein Darlehen geklagt, und auf Scheidung widergeklagt ist.

Wir sind daher der wohlbegründeten Meinung, daß eine gute Rechtspflege jedem Prozesse, durch Wegweisung des völlig fremdartigen Stoffes, Einheit und Reinheit bewahren, und daß jede Widerklage, um zugelassen zu werden, zu der Hauptklage, als dem Agens, wie ein Reagens sich verhalten, d. h. mit ihr materiell konnex und gegen sie wirksam sein müsse.

Der Gesetzgeber hat nicht zu besorgen, daß die Befolgung dieser Ansichten zu weit führen werde. Denn selbst die radikale Aufhebung des Institutes der Widerklage, sobald jene durch Ordnung und Zweckmäßigkeit geboten würde, wäre ein Fortschritt zur Vervollkommnung des Prozesses. In den Gesetzen wurden auch wirklich schon ganze Institute aufgehoben, nachdem sie mit einer guten Justiz fernerhin unverträglich zu sein schienen, z. B. die manus injectio der zwölf Tafeln, welche in der Kaiserzeit unterging [8]), die altteutschen Exekutionsmittel: Uebergabe zu

---

4) L. 43. pr. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

5) L. 21. Dig. eod.

6) L. 1. §. 4. Dig. de superfic. (43. 18.) L. 156. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 71. de reg. jur. in VI. (50. 12.)

7) Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. I. §. 16.

8) Gaji comment. lib. IV. §. 21. seqq. Gellii noctes

Hand und Halfter und Einlager[9]), das beneficium non deducta deducendi et non probata probandi[10]), die Moratorien[11]) u. s. w. Daß im Kanton Bern namentlich die Widerklagen ausdrücklich verboten sind, ist oben (§. 3. Note 4) vorgekommen. Bis zur gänzlichen Auslöschung unseres Institutes aus der Gesetzgebung und Rechtspflege führt uns indessen die Forschung nicht, sondern nur zu Beschränkungen. Die Widerklage sollte, besonders aus dem Grunde materieller Konnexität, in folgenden Fällen, nicht aber jedesmal und unbedingt, zugelassen werden:

1) Wenn sie mit der Hauptklage aus der gleichen Quelle entsprungen ist, z. B. wenn der eine Gesellschafter eine Forderung aus der Gesellschaft einklagt, und der beklagte Gesellschafter ebenfalls aus der Gesellschaft eine größere Gegenforderung zu machen hat, wenn der eine Kontrahent die actio directa, der andere die contraria aus dem Vertrage anstellt. Hierbei kann es sich zwar von verschiedenen Thatsachen handeln, und dann stehen sich zwei nächste causae debendi entgegen, der eine Gesellschafter kann z. B. der Kasse schuldiges Geld vorenthalten, der andere durch Nachläßigkeit geschadet haben, aber die beiden Ansprüche sind doch ursprünglich aus dem nämlichen Geschäfte entstanden, und insoferne genetisch zusammengehörig und materiell konnex; denn die entferntere causa debendi,

---

Atticae, lib. XX. cap. 1. Bethmann-Hollweg: Handb. d. Civilproz. Abth. I. Bd. I. §. 30.

9) W. H. Puchta: Beiträge zur Gesetzgebung u. Praxis. Bd. II. §. 13.

10) Mittermaier: der gemeine teutsche Prozeß, in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung. (2. Aufl. Bonn, 1822 ff.) Beitrag III. S. 58. ff. Spangenberg im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. IX. Nr. III. S. 67. ff.

11) Kurhessische Verfass. Urk. v. 1831. §. 129. Verfass. Urk. des Königreichs Sachsen v. 1831. §. 54.

das Gesellschaftsverhältniß, der Vertrag liegt beiden Obligationen gemeinschaftlich zum Grunde, und in dieser Rücksicht kann auch gesagt werden, es sei una sive eadem causa, oder, wenn man lieber will, par causa vorhanden [12]).

2) Wenn beide Klagen in faktischer Hinsicht zwar nicht aus der nämlichen, aber doch aus einer gleichartigen Quelle fließen, und gemeinschaftlich unter eine juristische Kategorie fallen. Demnach können Käufe gegen Käufe, Darlehen gegen Darlehen, Injurien gegen Injurien (§. 37. Nr. VI.) mit Widerklagen geltend gemacht werden. In diesen Fällen sind mehrere Kontrakte oder Delikte und mehrere causae debendi vorhanden, jeder Kauf, jedes Darlehen entspringt aus einem eigenen Geschäfte, jeder der beiden Injurien liegt eine andere Geschichte zum Grunde, aber wir haben doch immer zwei Klagen mit ähnlichen Physiognomien vor uns, der Kaufklage ist wieder eine Kaufklage entgegengesetzt u. s. w. Die substanzirenden Thatsachen sind gleichartig, dort ist Kauf, und hier ist Kauf, beide Klagen gehören zum nämlichen gesetzlichen Institut (emtio venditio, mutuum, injuria), sie haben den nämlichen rechtlichen Klagegrund und sind somit juristisch verwandt [13]).

3) Wenn überhaupt bei verschiedenen Geschäften die Absicht der Parteien auf eine gegenseitige Berechnung ging, wenn z. B. bei Kaufleuten, die im Verkehr stehen, ein Ab- und Zuschreiben, ein Acceptoferiren und Expensoferiren Statt finden, wenn Umsätze durch Kaufen und Verkaufen oder Wechselremissen u. dgl. gemacht, und darüber unter Soll und Haben Einträge in die Handelsbücher gemacht werden [14]). Hier kommt es auf das Zusammenfassen der

---

12) Hasse im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VII. Nr. IX. S. 163. f.

13) Hasse a. a. O. S. 164.

14) Allgem. Gerichtsord. f. d. preuß. Staaten v. 1793. Th. I. Tit. 19. §. 10.

Verhältnisse in ein Ganzes an, die Schuldposten sind in der Voraussetzung kontrahirt worden, daß sie am Ende in eine abzuschließende Liquidation oder in ein Contocurrent zusammengeschlagen werden, sind also doch wenigstens nach der Idee der Parteien (intellectu [15]) materiell konnex [16]).

4) Wenn der Konkurs erkannt ist. Der Zweck des Konkursverfahrens ist, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten sämmtlicher Gläubiger in Beziehung auf die Masse in einem gleichzeitigen Prozesse vor dem nämlichen Richter hergestellt und geordnet werden [17]). Deßhalb werden sogar bereits anderweitig anhängige Sachen beigezogen [18]). Bei der Kontrahirung der Schulden ging die Absicht des Gemeinschuldners und der verschiedenen Kontrahenten (die sich in diesem Zeitpunkte oft gar nicht kennen, und nicht von allen Kontrakten wissen) keineswegs auf ein künftiges Arrangement; dieses tritt aber mit dem Dekret über die Eröffnung des Konkurses gesetzlich ein. Alle Gläubiger, welche Ansprüche an die Masse machen, müssen, wenn sie nicht ausgeschlossen werden wollen, ihre Forderungen und Klageposten, von welcher Art sie auch immer sein mögen, anbringen. Diese Eigenthümlichkeit der Allgemeinheit, welche den Konkursprozeß auszeichnet, begründet die Zulässigkeit von Widerklagen des Gemeinschuldners oder vielmehr der an seine Stelle tretenden Masse gegen die Gläubiger [19]). Da die Masse eine Einheit und das Corps der Gläubiger eine Gemeinschaft bildet, so eignet sich dadurch den verschiedenen Klagen ein Rapport an, denn sie gehen alle auf den nämlichen ungetheilten Güterkomplex, und gehören als Konferendposten in das gemeine Ganze. Die Gesetze haben hier eine Konnexität ursprünglich materiell nicht konnexer

---

15) Arg. L. 5. Dig. de stipul. servor. (45. 3.)

16) Hasse a. a. O. S. 164. f.

17) Gönner: Handb. d. Proz. Bd. IV. Nr. LXXXII. §. 9.

18) Gönner a. a. O. §. 13. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 434.

19) Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 77.

Ansprüche eingeführt. Im Konkursprozesse existirt sogar zu Erhebung der Widerklagen (eben so, wie zur Klagenhäufung) eine relative Verbindlichkeit, weil die Unterlassung derselben den Verlust der deßfallsigen Rechte auf die Masse zur Folge hat.

Wird die Widerklage nur unter solchen Voraussetzungen der größeren oder geringeren Konnexität zugelassen, so wird damit eine natürliche Indikation befolgt, und das bereits innerlich Zusammenhängende äußerlich durch die Form des Prozesses verbunden. Darum treten auch die außerdem sich ergebenden Nachtheile und Mißstände nicht hervor. Freilich äußert die Widerklage immer einen Einfluß auf den Prozeß, sie macht ihn doch wenigstens einiger Maßen verwickelter und länger, indem sie den Stoff vermehrt, und zu ihrer Erledigung einen gewissen Zeitraum in Anspruch nimmt, sie macht ihn auch kostspieliger; allein dieß ist kein Verlust, sobald mehrere und größere Zwecke auf eine leichtere Weise erreicht werden, als in zwei Prozessen möglich wäre. Uebrigens hat auch die Anforderung wegen der materiellen Konnexität ihre Gränzen. Wir glauben nämlich, daß auch die materiell nicht konnexen Widerklagen zuzulassen seien, wenn sie bereits liquid oder sogleich liquidirbar sind, wenn es sich überhaupt gar nicht lohnt, Umstände zu machen, und eine getrennte Klage anzustellen, und wenn ihre muthmaßliche Durchführung so einfach und leicht ist, daß die Hauptklage dadurch nicht besonders gehemmt wird. Dieß geht sowohl aus dem Zwecke des Institutes hervor, als auch aus der L. 14. §. 1 Cod. de compens. (4. 31.) nach dem Grundsatze: ubi contraria legis ratio, ibi contraria dispositio.

Es ist hier eines Falles zu gedenken, in welchem die Widerklage mehr, als irgendwo, zuläßig scheinen könnte, wenn nämlich die Klage [20]) die der Widerklage zum Grunde lie-

---

20) Nicht die Replik. Arg. L. 23. Dig. de judiciis. (5. 1.): „Non potest in judicium venisse id, quod post judicium

gende Thatsache (den faktischen Widerklagegrund) konstituirt, und daher die Widerklage zu gebären scheint [21]), z. B. wenn der Kläger in der Klageschrift Etwas gesagt hat, weßhalb man ihn belangen könnte. Soll hier der Beklagte sogleich in dem anhängigen Prozesse mit einer Widerklage sich Recht verschaffen können? Die positiven Gesetze stehen hier nicht im Wege. Aber wie verhält sich denn die Sache im Lichte einer künftigen und vervollkommneten Gesetzgebung? Die affirmative Meinung scheint Manches für sich zu haben. Wenn hier der Kläger durch die Widerklage gehindert und in Verlegenheit gesetzt wird, so geschieht ihm kein Unrecht, denn er hat durch seine eigene Schuld die Widerklage hervorgerufen, und er muß die L. 203. Dig. de reg. jur. (50. 17.) gegen sich anerkennen: „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.“ Schon dieser, auf den ersten Blick so annehmbare, Grund ist aber unrichtig. Denn ehe über jene kritische Thatsache die Rechtsverhandlung geendigt ist, läßt sich noch nicht immer geradezu sagen, daß dem Kläger ein Verschulden zur Last falle. Eine präjudizirende Behauptung, wenn sie nicht ein Delikt enthält, liegt vielmehr ganz außer den Gränzen einer Schuld. Wir täuschen uns auch, wenn wir etwa glauben, die Widerklage stamme bloß deßwegen aus der Klage, und sei ihre Tochter, weil ihr faktisches Verhältniß in dieser zur Sprache gekommen ist. Letzteres Verhältniß ist nicht Produkt der Klage, sondern nur in sie hineingelegt, und kann ganz fremdartig sein. Würde freilich der Kläger in seinem Vortrage zu einer materiell konnexen Widerklage Veranlaßung geben, dann wäre sie erlaubt, allein nur wegen der Konnexität. Demnach ist zu behaupten, daß wegen einer

---

acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est.“

21) Mevii decis. part. IV. dec. 46. n. 4. Wernher observ. forens. tom. I. part. 4. obs. 1. n. 68. seqq.

in der Klage vorgebrachten klagbaren Aeußerung eine Widerklage unzuläßig ist, wenn sie nicht materiell konnex oder — etwa weil der Kläger bereits Etwas gestanden hat — von einer solchen Beschaffenheit sein sollte, daß sie, nach dem oben Gesagten, nicht materiell konnex zu sein braucht.

Endlich ist zu berücksichtigen, ob nicht zwei Klagen schon deßwegen zum gleichzeitigen Prozesse sich eignen, weil sie zwischen den nämlichen Parteien Statt finden, die Klage von Seite des A. gegen B. und die Widerklage von Seite des B. gegen A. Die Glosse zur L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) hat schon hierauf das idem negotium zu beziehen versucht: „Vel dic verius idem negotium dici, quia idem actor, reus, et judex, licet sit alia res“, (§. 35.). Man könnte dieß Verhältniß eine subjektive Konnexität nennen, im Gegensatze der bisher erörterten objektiven oder materiellen. Durch die Anerkennung der Zulänglichkeit dieser Konnexität würde man zu der Ansicht gelangen, daß jede Widerklage, sie sei materiell konnex oder nicht, zugelassen werden solle, weil jede eine Identität der Parteien voraussetzt (§. 15). Allein die sogenannte subjektive Konnexität ist keine Konnexität. Keine der beiden Klagen trifft mit der andern in der nämlichen Person zusammen, die erste ergreift den B., die zweite den A. Ueberdieß liegt alle Konnexität, als Prädikat der Gegenstände, in diesen selbst, und ist also immer objektiv.

§. 37.

Die Widerklage ist aus Rücksichten der Billigkeit eingeführt, um gegenseitige Forderungen leichter und kürzer zu erledigen, und die Rechtsstreite zu vermindern (§. 8.). Wenn daher Ansprüche so beschaffen sind, daß sie, durch eine Widerklage verfolgt, diesem Zwecke nicht entsprechen, oder wenn sie der Natur des Institutes oder sonst den Prozeßgrundsätzen entgegen sind, dürfen sie nicht auf diesem Wege geltend gemacht werden. Auf diesem Grundsatze beruhen die nachfolgenden, theils aus allgemeinen Rechts-

wahrheiten abgeleiteten, theils durch Analogie gebildeten, theils ausdrücklich von den Gesetzen ausgesprochenen Verbote:

I) Die übermäßige Häufung verschiedener Ansprüche mittels Widerklagen kann nicht gestattet werden, obgleich es im Allgemeinen erlaubt ist, eben so mehrere Widerklagen auf ein Mal anzustellen, wie mehrere Klagen [1]). Denn durch ein Uebermaß würde der Prozeß verwickelt und weitwendig, der Hauptkläger in der Verfolgung seines Rechtes unbillig aufgehalten, und den Ränken seines Gegners preißgegeben werden. Da auch ein gewöhnlicher Kläger die Klagenhäufung nicht bis zur Verwirrung treiben darf [2]), so muß analog auch der Widerkläger die nämliche Beschränkung sich gefallen lassen (§. 2. am Ende). Ist auch immer die Widerklage mit Rücksicht auf billige Begünstigung des Beklagten eingeführt worden (§. 8.), so darf doch letztere nicht in eine grobe Unbilligkeit gegen den Kläger ausarten, und Jenem nicht das Vorrecht eingeräumt werden, seinem Widersacher die Rechtsverfolgung auffallend zu erschweren [3]). Auch ist der Richter berechtigt und verbunden, über Reinheit, Einfachheit und Beweglichkeit des Prozesses zu wachen, und den Parteien zu verwehren, daß sie durch eine ungeeignete Taktik das Verfahren verderben und entstellen. Es kommt ihm also zu, nach billigem Ermessen, sei es auf Antrag des Hauptklägers oder von Amtswegen, übermäßig gehäufte Widerklagen ab- und zur gesonderten Ausführung zu verweisen.

II) Ist auch nur eine einzige Widerklage angestellt, so ist sie doch nur alsdann zuläßig, wenn sie, an und für sich selbst, im Verhältnisse zur Hauptklage, nicht zu verwickelt und weitaussehend, und als Uebel und Verzögerungsmittel für den rechtshängigen Prozeß anzusehen ist [4]). Bei

---

1) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 2. §. 4.
2) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 193.
3) Martin: Lehrb. d. Proz. §. 39. Vgl. auch L. 74. Dig. de reg. jur. (50. 17.)
4) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 205. Allgem. Ge-

einem solchen Mißverhältnisse würde die Hauptklage in ihrem Fortschreiten auf die langsam nachhinkende Widerklage warten müssen, Weiterungen in Menge würden sich ergeben. Dieß konnten die Gesetze nicht beabsichtigen. Auch haben wir die Analogie der Kompensation für uns. Justinian sagt in der L. 14. §. 1. Cod. de compens. (4. 31.): „Ita tamen compensationem objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata: sed possit judici facilem exitum sui praestare [5]). Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam pene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus opem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas compensationes existant: nec molli animo eas suscipiant: sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam jam pene expeditam sententia terminali componant.“ Da hier Justinian die Einrede der Kompensation verwirft, wenn sie zu Weitwendigkeiten führt, so muß um so mehr eine, im Verhältnisse zur Hauptklage, weitaussehende Widerklage unzuläßig sein, weil diese, als ein Angriffsmittel, eingreifender ist, und weniger Billigkeit für sich hat, denn die Vertheidigungsmittel [6]). Wird dieses Gesetz analog auf die Widerklage bezogen, so muß es indessen, je nach der eigenthümlichen

---

richtsord. f. d. preuß. Staaten v. 1793. Th. I. Tit. 19. §. 17. Nr. 3.

5) Vgl. Cap. 2. X. de depos. (3. 16.): — „Compensatio admittatur — si causa, ex qua postulatur, sit liquida, ita quod facilem exitum credatur habere.“

6) Arg. Cap. 5. X. de except. (2. 25.) Vgl. oben §. 9. Nr. IV.

Verschiedenheit derselben von der Einrede der Kompensation, und unter Berücksichtigung unserer heutigen Prozeßgrundsätze, betrachtet werden. Nach dem ersten Satze scheint es beinahe, als sei immer und unbedingt jede illiquide Einrede der Kompensation verboten; allein dieß können wir doch nicht glauben [7]). Es ist ja zu lesen, daß das liquidum als Gegensatz des Weitwendigen aufgestellt wird („causa liquida et non multis ambagibus innodata"); folglich ist das illiquidum nur dann verwerflich, wenn es bedeutende Weiterungen zu veranlassen droht (si causa illiquida et multis ambagibus innodata), nicht aber, wenn es einen leichten Ausgang hoffen läßt (si „possit judici facilem exitum sui praestare"). Auch müssen nach Celsus [8]), die folgenden Worte des Gesetzes, durch welche die scheinbar allgemeine Regel des ersten Satzes erst ihre Beschränkungen erleidet [9]), zu Rathe gezogen werden. Da es sich so bei der Kompensation verhält; so sind auch illiquide Widerklagen, wenn sie nur nicht zu weitwendig sind, gestattet. Das etwa Zweifelhafte an der Sache wird sich durch Unterscheidung von drei Hauptfällen beseitigen lassen: 1) Wenn die Hauptklage durch unumwundenes Geständniß völlig liquid ist, so ist gar keine Widerklage zulässig, selbst nicht eine liquide oder sogleich (in continenti) liquidirbare. Denn eine solche Hauptklage ist, bei dem Mangel eines Widerspruches gar nicht streitig und rechtshängig geworden [10]), der in Anspruch Genommene hat sich

---

7) Unserer Meinung ist auch Glück (Erläut. der Pandekten. Th. XV. §. 931.). Vgl. dagegen Theophili paraphras. ad §. 39. Inst. de action. (4. 6.)

8) L. 24. Dig. de legib. (1. 3.)

9) Hasse, im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VII. Nr. IX. S. 188. Krug: die Lehre von der Kompensation. §§. 89—93.

10) Gesterding: alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten. (Greifswald, 1818.) S. 125. ff. Sartorius, de litispendentiae vero initio programma. Turici, 1837.

der Rolle eines Gegners entschlagen, und die Rechte eines Beklagten verloren. Wenn man auch einen begründeten Prozeß annehmen könnte, würde doch derselbe als bereits entschieden gelten müssen, und der Beklagte nicht mehr als streitende Partei, sondern als Abgeurtheilter erscheinen [11]). Unsere Richter pflegen zwar die Sache nicht sogleich als beendigt abzubrechen, und die Erschienenen nicht nach Hause zu schicken, sobald der Beklagte unumwunden geständig ist, sondern dennoch einen Spruch zu erlassen; allein dieser ist nur seiner Form nach ein Urtheil, im Wesentlichen aber ein Akt der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, eine sogenannte Agnitions-Resolution [12]), durch welche erklärt wird, was der Beklagte, seinem Geständnisse zufolge, zu leisten habe, lediglich damit auch der Schein einer Ungewißheit schwinde, und das Resultat unter gerichtlicher Autorität aktenmäßig durch die Schrift fixirt sei. Eine Protokollirung des Ganzen in Form einer Uebereinkunft würde die nämlichen Dienste leisten. Hier fehlt es an der Grundbedingung der Widerklage, an einem anhängigen Rechtsstreite (§. 2.), da keine uneinige Parteien vorhanden sind. — 2) Ist die Hauptklage ganz widersprochen (sei es ausdrücklich, oder gelte sie dafür nach einer fingirten negativen Einlassung), oder ist sie theilweise zugestanden, und theilweise widersprochen, aber von Seite des Klägers im Voraus liquid gemacht, so ist sie dennoch streitig, und ein Prozeß anhängig, denn dazu reicht der Widerspruch hin. Der Beklagte ist Gegner geworden, und der Richter muß noch über die

---

11) **Pauli recept. sent. lib. V. tit. 5. a. §. 2. LL. 1. 6. §. 2. Dig. de confessis. (42. 2.) L. un. Cod. de confessis. (7. 59.)**

12) W. H. Puchta: der Dienst der teutschen Justizämter oder Einzelrichter. Th. II. §. 164. S. 131. §. 180. S. 162. Ein gleicher Fall tritt ein, wenn der Beklagte den Kläger während des Prozesses befriedigt hat. **Gaji comm. lib. IV. §. 114. §. 2. Inst. de perpet. et tempor. action. (4. 12.)**

Mißhelligkeiten der Parteien eine Entscheidung erlassen, und über die, sich nicht von selbst verstehende, Unerheblichkeit des Widerspruchs in einem Urtheile, welches der streitigen Gerichtsbarkeit angehört, sich äußern, damit des Haders Ende eintrete. Eine Widerklage darf erhoben werden, allein nur eine liquide oder leicht liquidirbare. Hier tritt der Fall des gesetzlichen Verbotes jeder anderen Widerklage ein. Die Hauptklage ist liquid (res jam est approbata), zur Ueberführung des Gegners bedarf es nur noch des Urtheils, welches auf platter Hand liegt (altera pars pene convicta est), die illiquide Widerklage aber erfordert erst weitwendige Untersuchungen und Beweise (majorem et ampliorem exposcit indaginem), und läßt besorgen, daß die Hoffnung des Klägers auf baldige Verurtheilung des Beklagten getäuscht werde (moratoriis ambagibus spes condemnationis excluditur). Der Richter darf also nicht zu gnädig und barmherzig sein (non proclivior nec molli animo), sondern er muß streng und stracks die Rechtspflege handhaben (jure stricto utatur), die Widerklage zur besondern Ausführung in Form einer gewöhnlichen Klage verweisen, und die Hauptklage entscheiden (reconventionem alii quidem judicio reservet, litem autem pristinam de conventione jam pene expeditam sententia terminali componat). — 3) Ist endlich die Hauptklage illiquid, welches meistens der Fall sein wird, so ist auch eine illiquide und mit bedeutender Umständlichkeit liquidirbare Widerklage statthaft; denn Justinian hat bei seinem Verbote bloß eine liquide Klage vor Augen. Auch werden in andern Gesetzen [13]), die von Justinian nicht aufgehoben worden sind, illiquide Einreden der Kompensation gebilligt. — Doch muß immer die Weiterung, welche der Gegenstand der Widerklage erheischt, zu der Liquidirung der Hauptklage in einem billigen Verhältnisse stehen. Eine unverhältnißmäßig

13) L. 46. §. 4. Dig. de jure fisci. (49. 14.) L. 6. Cod. de compens. (4. 31.) L. 1. Cod. rer. amot. (5. 21.) Vgl. §. 7. Nr. XI.

weitwendige Widerklage eignet sich, nach dem Geiste der justinianeischen Verordnung und des Institutes, auch einer illiquiden Hauptklage gegenüber, zur Abweisung [14]). Das richterliche Ermessen hat dabei einen ziemlich freien Spielraum.

III) Die Gegenstände beider Klagen müssen so beschaffen sein, daß sie in der nämlichen Prozeßart verfolgt werden können, und die Widerklage muß auch wirklich in der nämlichen Prozeßart erhoben sein, wie die Hauptklage [15]). Fehlt eines dieser Erfordernisse, oder fehlen beide zugleich, so ist die Widerklage ab- und zur besonderen Ausführung zu verweisen. Denn Haupt- und Widerklage sollen gleichzeitig in dem nämlichen Prozesse durchgeführt werden. Dieses ist kaum möglich, wenn zwei Prozeßarten Statt finden. Denn sie bringen zwei Prozesse (judicia) mit sich, vorausgesetzt daß jeder Prozeßart ihre Eigenthümlichkeit gelassen wird. Selbst wenn man, um ein anderes Resultat zu erzwingen, Alles in den nämlichen Aktenband zusammenwirft, bleiben immer noch die Prozesse, trotz der an einander gereihten Papiere, getrennt, denn der eine geht rascher und in einer andern Ordnung vor sich, als der andere. Verletzt man aber gar, um dieses zu vermeiden, die Eigenthümlichkeit der einen Prozeßart, indem man sie z. B. zur Langsamkeit oder zu einem ihr unnatürlichen Gange nöthigt, dann sind eigentlich nicht mehr zwei charakteristische Prozeßarten vorhanden, sondern eine wird in die andere eingebürgert und umgemodelt. Der eine Prozeß würde durch den andern verzögert und verdorben werden. Dazu darf der Richter die

---

14) Socini reg. jur. 332. n. 11. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 78.

15) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 4. §§. 8. 9. 11. Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 205. Lauk a. a. O. S. 77. Allgem. Gerichtsord. f. d. preuß. Staaten v. 1793. Th. I. Tit. 19. §§. 3. 4.

Hand nicht bieten. Nicht genug aber, daß die Gegenstände beider Klagen zur Verfolgung in der nämlichen Prozeßart geeignet sein müssen, sie müssen auch von den Parteien in der nämlichen Prozeßart wirklich verfolgt werden. Denn der Richter muß sich an das Prozeßgesuch der Parteien halten, er darf selbst dann nicht von Amtswegen eine andere, als die begehrte Prozeßart einleiten, wenn der eine oder der andere Gegenstand sich dazu eignen sollte; ist eine unzuläßige Prozeßart begehrt, so muß er die Klage abweisen, und dem Kläger überlassen, eine neue Klage mit dem passenden Prozeßgesuche zu erheben. Ist also der Hauptkläger rechtmäßig in einer summarischen Prozeßart aufgetreten, so kann eine Widerklage in der ordentlichen Prozeßart nicht Statt finden. Denn hier würde, wenn nicht die summarische Prozeßart widerrechtlich verkümmert werden soll, die Hauptklage der Widerklage voraneilen, und anders verlaufen, die Arrestklage z. B. würde mit der Exekution anfangen, und ohne Beweiserkenntniß beendigt sein, während bei der Widerklage die vier Sätze des ersten Verfahrens und eine eigene Beweisinstanz hervortreten würden. Dieß gäbe eine tumultarische Verwirrung. Eben so wenig findet aus gleichen Gründen gegen eine ordentliche Hauptklage eine summarische Widerklage Statt. Damit ist aber dem Beklagten nicht untersagt, eine Klage, welche sich zu einer summarischen Verhandlung eben so, wie zur ordentlichen Prozeßart eignet, vermöge seines Wahl- und Verzichtrechtes als ordentliche Klage zu erheben, und sie so einer ordentlichen Hauptklage gegenüber, zur Widerklage zu qualifiziren. — Wir gehen in unsern Anforderungen noch weiter. Bei einer summarischen Hauptklage ist es nicht hinreichend, daß die Widerklage auch summarisch sei, sondern sie muß in der nämlichen Gattung der summarischen Prozeßarten statthaft und erhoben sein, wie die Hauptklage[16]), weil außerdem die

---

16) Socini reg. jur. voce reconventio, n. 3: „— quum

Identität und Gleichzeitigkeit des Verfahrens nicht gut durchgeführt werden könnten. Der unbestimmte summarische Prozeß z. B. ist dem ordentlichen Prozesse noch sehr verwandt, und unterscheidet sich nur durch größere Einfachheit und Schnelligkeit; der bestimmte summarische Prozeß dagegen besteht in einem ganz veränderten und umgekehrten Verfahren, so daß also zu einer unbestimmt summarischen Hauptklage eine bestimmt summarische Widerklage nicht paßt. Die bestimmt summarischen Prozeßarten sind wieder unter sich äußerst verschieden, der Mandatsprozeß z. B. fängt mit dem Urtheil an, der Exekutivprozeß mit dem Beweise, und es kann sohin, wenn Alles in Ordnung hergehen soll, einer Mandatsklage nur wieder eine Mandats-, nicht eine Exekutivklage als Widerklage entgegengesetzt werden. Selbst bei den unbestimmt summarischen Prozessen kann wegen verschiedener Eigenthümlichkeiten der Richter nach seinem Ermessen unbestimmt summarische Widerklagen abweisen. Man wird z. B. leicht einsehen, daß bei einem Rechnungsprozesse eine Alimentenklage als Widerklage nicht aufkommen dürfe, obgleich hier wie dort der unbestimmt summarische Prozeß begründet ist [17]).

IV) Von beiden Klagen darf keine für die andere präjudiziell sein [18]). Präjudizialsachen können, schon ihrem Begriffe zufolge, und eben so auch nach den positiven Gesetzen [19]), mit den durch ihre Vorbehandlung be-

---

causa conventionis esset summaria; nam tunc non potest fieri reconventio, de alia causa, nisi sit similis summariae cognitioni.“

17) W. H. Puchta: d. Dienst der teutschen Justizämter oder Einzelrichter. Th. II. §. 229.

18) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 4. §. 6. Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 205. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 77. Codex jur. bavar. jud. de anno 1753. Kap. 8. §. 1. Nr. 3. (Oben §. 12. Nr. V.)

19) L. 18. Dig. de except. (44. 1.) L. 31. Cod. de libe-

dingten Sachen nicht gleichzeitig ausgemacht werden. Die Präjudizialsache charakterisirt sich zur Rechtsverfolgung mittels einer Vorklage, wegen der andern Sache aber ist eine Nachklage anzuheben, deren Unterschied von der Widerklage wir bereits oben §. 3. nachgewiesen haben. Der angebliche Umstand, daß die zweite Klage während der Dauer des ersten Prozesses verjähren könne, entschuldigt keine Abweichung, weil nach unserer Annahme die zweite Klage schlechterdings durch den Ausgang der ersteren bedingt ist, und sonach dem am Klagen gehinderten Beklagten keine Verjährung läuft [20]).

V) Beide Klagen müssen civilrechtliche Klagen sein; keine darf auf ein Verbrechen oder delictum publicum gehen. Die Rechtslehrer sind hierüber uneinig; ein Theil stimmt mit uns überein; ein Theil ist der entgegengesetzten Ansicht, und läßt im Strafprozesse materiell konnexe Civilklagen unter dem Namen von Widerklagen zu [21]). Letztere übersehen, daß die Widerklage ein reines Institut des Civilprozesses ist, und als solche im Strafprozesse sich nicht wiederholt. Erhebt ein peinlich Angeklagter gegen seinen Ankläger eine Kriminalklage, so ist der Fall einer Rekrimination (§. 1.

---

rali causa. (7. 16.) Tit. Cod. de ord. cognit. (7. 19.) L. 10. Cod. de injur. (9. 35.) Cap. 3. X. de ord. cognit. (2. 10.) Cap. 10. X. de restit. spoliat. (2. 13.) — (§. 9. Nr. III.)

20) L. 7. §§. 4. 5. Cod. de praescript. (7. 39.) L. 1. §. 2. Cod. de annali except. (7. 40.) Nov. 22. cap. 24. Causa 16. quaest. 3. c. 13. Cap. 10. X. de praescript. (2. 26.)

21) Lancelotti inst. jur. canon. lib. III. tit. 9. Tancreti ordinis jud. tract. pag. 259. Mevii decis. part. I. dec. 41. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 2. §. 2. in fine, cap. 4. §. 15. Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 205. — Vgl. Sachsenspiegel, Buch I. Art. 60. §. 3. Glosse; Buch III. Art. 12. §. 2.

Note 3.), nicht einer Widerklage gegeben. Besonders wird die Nichtexistenz der letzteren bemerkbar, wenn der Angeklagte nicht gleichzeitig auftritt. Bei unserem teutschen Strafverfahren, welches von Amtswegen eingeleitet und durchgeführt wird [22]), ist ohnedieß ein eigentlicher Ankläger nicht vorhanden, gegen welchen, wie gegen einen Kläger (§. 15.), eine Widerklage gerichtet werden könnte. Der Denunziant (mag man ihn auch immerhin Ankläger nennen) hat nicht die Rolle anzuklagen; denn er kann zwar den Richter zum Einschreiten veranlassen, wenn Letzterer nicht bereits anderweitig Kenntniß von der Sache hat, allein weder die Untersuchung, noch die Bestrafung ist von seinem Antrage bedingt oder abhängig; Rechtsmittel stehen demselben im Kriminalpunkte gar nicht zu. — Diejenigen, welche eine sogenannte „civilrechtliche" Widerklage im Strafprozesse zulassen, verwechseln häufig die Adhäsion mit unserem Institute. Es ist allerdings, bei der Untersuchung eines Verbrechens, dem Verletzten erlaubt, sein Civilinteresse gegen den Verbrecher, nach Umständen gleichzeitig und eventuell anf den Fall der zu beweisenden Schuld, vor dem Strafrichter zu verfolgen [23]);

---

22) Das Untersuchungsprinzip fand sich schon bei den Römern. L. 1. Cod. Theod. de curions. (6. 29.) L. 31. Cod. Theod. de episcop. (16. 2.) L. 1. Cod. Theod. de jurisdict. (2. 1.) LL. 1. 13. pr. Dig. de off. praes. (1. 18.) L. 4. Dig. de fugit. (11. 4.) L. 6. Dig. de custod. et exhib. reor. (48. 3.) L. 2. §. 6. Dig. ad leg. Jul. de adult. coercend. (48 5.) L. 4. §. 2. Dig. ad leg. Jul. pecul. (48. 13.) L. 10. Cod. de episcop. et cler. (1. 3.) L. 1. Cod. de custod. reor. (9. 4.) L. un. Cod. de muliebr. quae se propr. serv. junx. (9. 11.) Tit. Cod. de ord. cognit. (7. 19.) L. 1. Cod. de curios. et station. (12. 23.) Nov. 17. cap. 5. Nov. 77. 128. cap. 21. — Geib, de confessionis effectu in processu criminali Romanorum observationes aliquot, (Turici, 1837.) pag. 7.

23) L. 1. Cod. de off. rect. prov. (1. 40.) L. un. Cod. quando civil. actio. (9. 31.) L. 15. Dig. de accusat.

allein der Unterschied einer solchen Adhäsionsklage von einer Widerklage ist bei aufmerksamer Betrachtung gar nicht zu mißkennen. Denn 1) der Verletzte, welcher die Adhäsionsklage erhebt, ist in dem Kriminalprozesse nicht vorher vor dem Verbrecher beklagt, er ist vielmehr Kläger gegen den Verbrecher, wenn man die von ihm ausgegangene Denunziation als Klage ansehen will; widerklagen aber kann nur der Beklagte gegen den Kläger (§. 15.); darum kann der Adhäsionskläger nicht als Widerkläger und der Adhäsionsbeklagte nicht als Widerbeklagter gelten. 2) Das Verbrechen und das Civilinteresse können zwar einiger Maßen gleichzeitig und paralell, aber nicht in der nämlichen Prozeßart, wie sie bei der Widerklage erfordert wird (Nr. III.) behandelt werden, da der Prozeß bei Strafsachen ein ganz anderer ist, als bei Civilsachen. Der Strafrichter behandelt die Adhäsion gleichsam zur linken Hand in einem Incidentverfahren. 3) Der Civilpunkt der Adhäsion erscheint daher als bloßer Nebenpunkt [24]), der Gegenstand einer Widerklage aber ist keineswegs dem Gegenstande der Hauptklage untergeordnet, sondern beigeordnet. 4) Ist die Strafsache präjudiziell, so kann die Civilsache erst nach Beendigung jener erledigt werden. 5) Endlich hängt die Annahme der Adhäsionsklage von der Zustimmung des Richters ab [25]), während jede fehlerfreie Widerklage von dem Richter angenommen werden muß. — Wenn auf die von dem Verletzten wegen seines Privatinteresse erhobene Adhäsionsklage der beklagte Verbrecher gegen denselben ebenfalls eine Privatforderung einklagt, so wollen wir zwar nicht in Abrede stellen, daß eine Widerklage vorhanden sei; allein wir haben hier

---

(48. 2.) Peinl. Ger. Ord. Karl's V. Art. 12. 207. Martin: Lehrb. d. Proz. §. 253. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 364.

24) Linde a. a. O.

25) Linde a. a. O.

zwei civilrechtliche Klagen vor uns, welche neben der Kriminalsache mit einander laufen; der aufgestellte Grundsatz ist also ganz und gar nicht verletzt [26]) — Polizeiliche Klagen sind auf analoge Weise, wie kriminelle, zu betrachten, da auch jene keine Civilklagen sind, und da das Gebiet der Polizei, nach den bestehenden Einrichtungen, oft nur durch Gradunterschiede, nicht dem Wesen nach, von dem Kriminalrechte getrennt ist.

VI) Wenn Jemand, auf den Grund einer behaupteten Verbindlichkeit aus einem Civil- oder Privatvergehen (delictum privatum [27]), gegen einen Andern eine Klage angestellt hat (sei es nun eine actio poenalis, oder actio poenalis et rei persecutoria mixta, oder eine reine rei persecutoria, oder endlich eine actio vindictam spirans), so soll der Beklagte seinen Kläger in der Regel nicht widerbeklagen dürfen [28]).

---

26) Kleinschrod: systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. (2. Ausg. Erlangen, 1799.) Th. II. §. 92.

27) Höpfner: Kommentar üb. d. Instit. §. 1014.

28) Donelli comment. lib. XVII. cap. 18. §. 16. Voet comment. ad Pandect. lib. V. tit. 1. §. 78. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 4. §§. 3. 5. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 83. — Sachsenspiegel, Buch III. Art. 12. Glosse. — Die Klage auf eine Konventionalstrafe gehört nicht zu den Deliktsklagen, sie ist eine Klage aus einem pactum, und muß als eine solche beurtheilt werden. L. 10. §. 1. Dig. de pactis. (2. 14.) L. 15. Dig. de transact. (2. 15.) L. 38. §. 17. LL. 61. 69. 115. §. 2. Dig. de verbor. oblig. (45. 1.) L. 40. Cod. de transact. (2. 4.) L. 1. Cod. de recept. (2. 56.) Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. III. §. 506. Dagegen sind die possessorischen Interdikte hierher zu zählen, weil ihnen obligationes ex maleficiis zum Grunde liegen. Savigny: d. Recht des Besitzes. §. 6. S. 32. ff.

Das Verbot wird von Ulpian, speziell zum Beßten der römischen Legaten, in der L. 2. §. 5. Dig. de judiciis (5. 1.) ausgesprochen: „Item si (legati) extra provinciam suam contraxerunt, licet non in Jtalia, quaestionis est, an Romae conveniri possint? Et Marcellus: in eo solo privilegio eos uti domum revocandi, quod in civitate sua, vel certe intra provinciam contraxerunt, quod est verum. Sed et si agant, compelluntur, se adversus omnes defendere. Non tamen si injuriam suam persequantur, vel furtum, vel damnum, quod nunc passi sunt; alioquin (ut et Julianus eleganter ait) aut impune contumeliis aut damnis adficientur, aut erit in potestate cujusque, pulsando eos subjicere ipsos jurisdictioni, dum se vindicant.“ (§. 7. Nr. VII.) [29]).

Da lateinische Paraphrasen die römischen Gesetze besonders gut aufhellen, so lassen wir sogleich eine solche folgen: 1) Constat omnes sub imperio Romano viventes, licet extra urbem eorum domicilium sit, Romae conveniri posse [30]), legatis autem privilegium revocandi domum competere, cujus vi conventionem quamcunque Romae contra ipsos motam judici provinciae suae vindicare possunt [31]). Quaestionis est, an legati Romae conveniri possint, si extra provinciam suam contraxerunt, licet non in Jtalia? quae quaestio resolvenda est. — 2) Dico generaliter, in tali casu Romae conveniri posse, et privilegium inutiliter allegari; Marcellus enim ait, eos privilegio suo revocandi domum in eo solo uti posse, quod in civitate sua, vel certe intra provinciam suam contraxerunt, quod est verum. — 3) In altero quoque casu Romae

---

29) Vgl. Pauli recept. sent. lib. I. tit. 1. f. pr.

30) L. 33. Dig. ad municip. (50. 1.)

31) L. 2. §§. 3. 4. L. 5. Dig. de judiciis. (5. 1.).

legati conveniri possunt. Si nempe ipsi Romae agunt, Romae quoque actione mutua rite conveniuntur, et se adversus invicem agentes defendere compelluntur. — 4) Aliter res se habet in delictis privatis. Nam si legati ex delicto agentes, injuriam sibi illatam (furtum, damnum) persequuntur, reconveniri non possunt, alioquin etc.

Von einer Widerklage ist im Gesetze wirklich die Rede. Da nämlich das Wort „defendere“ auf den Kläger bezogen wird, und doch nur dem Beklagten die defensive Rolle eigen ist, (§. 18.), so kann hier bloß der Fall gemeint sein, wo der Kläger zugleich Beklagter ist, d. h. wo gegen den Kläger eine Widerklage angestellt wurde. Rührt nun die Klage des Legaten aus einem Privatvergehen (injuria, furtum damnum) [32]) her, so soll der Kläger nicht verbunden sein, von Demjenigen, welchen er eines Deliktes beschuldigt hat, sich widerbeklagen zu lassen; denn sonst würde, nach der Ansicht des Juristen, der beklagte Delinquent durch sein Vergehen Vortheile erlangen, was schon allgemeinen Rechtsgrundsätzen entgegen ist [33]); er würde die Klage nicht bloß, wie gewöhnlich, durch Widerspruch und Einreden, sondern auch, auf außerordentliche Art, durch einen Gegenangriff mit einer Widerklage un-

---

32) Deßhalb, weil im Gesetze „damnum“ gesagt wird, gehören auch die reinen actiones rei persecutoriae hierher, die namentlich auf den erlittenen Schaden gehen. Thibaut: System des Pandekten-Rechts. Bd. I. §. 67. Uebrigens darf man doch den nicht deliktmäßigen Schaden aus Verträgen nicht dazu rechnen; denn von den Verträgen handelt nur der erste Theil des Gesetzes („si — contraxerunt“); der letzte Theil dagegen spricht, nachdem die Vertragsmaterie abgethan ist, mit logischer Entgegensetzung, nur von Delikten (injuriis), und führt das damnum neben dem furtum als eine Art der Delikte und als eine Folge derselben auf.

33) L. 10. §. 1. Dig. soluto matrim. (24. 3.) L. 134. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

wirksam machen, dem Gegner einen fremden Gerichtsstand (forum reconventionis) aufnöthigen, und sich der Last, dem Richter des Widersachers zu folgen, entledigen können. Damit es nicht dahin komme, wird dem Delinquenten die Widerklage (in foro et judicio conventionis) genommen, und ihm bleibt folglich nur übrig, sich gegen die Klage als Beklagter zu verhalten, die Ansprüche aber, welche sich ohne das gesetzliche Verbot zu einer Widerklage geeignet hätten, bei dem Richter des Legaten, oder auch in Rom, wenn der Legat sich nicht auf sein privilegium revocandi domum berufen sollte [34]), mit einer gewöhnlichen Klage zu verfolgen.

Wir müssen bekennen, daß wir in dieser Motivirung des Juristen Unrichtigkeiten erkennen. Denn 1) der Beklagte wird sogleich im Anfange des Prozesses, wo die rechte Zeit zum Widerklagen ist als Delinquent behandelt, und als solcher mit dem Verluste der Widerklage bestraft, ehe er noch seine Vertheidigung vollendet hat, ehe er des Deliktes geständig oder überwiesen, und durch ein definitives rechtskräftiges Urtheil des Richters als Delinquent amtlich anerkannt ist. Mag auch immer bei den Römern der Beweis des Klagegrundes bereits mit der Klage eingebracht worden sein [35]), so war doch der Beweis erst ein Versuch, die Wahrheit herzustellen, und den Richter zu überzeugen, ein Versuch, der wieder von dem Gegner vereitelt werden konnte, und erst der richterlichen Würdigung im Urtheile bedurfte, ehe er rechtlich den Grund einer Strafe abgeben konnte [36]). Ein Analogon ist oben

---

34) L. 5. Dig. de judiciis (5. 1.) Arg. L. 11. Dig. de SC. Maced. (14. 6.) L. 26. Dig. de fidejuss. (46. 1.) L. 69. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

35) Bethmann-Hollweg: Handb. des Civilproz. Abth. I. Bd. I. §. 24. S. 265.

36) Cap. 10. X. de verbor. signif. (5. 40.): „Reus —

im §. 28 Nr. 4 vorgekommen [37]). 2) Die Widerklage mit ihren Vortheilen wird als unmittelbare Folge des angeblichen Deliktes betrachtet, da sie doch erst durch die Klageerhebuug des Legaten möglich wird, indem, ungeachtet der Existenz des Deliktes, ohne das Vorhandensein einer Hauptklage, der Anspruch in eine gewöhnliche Klage hätte eingekleidet werden müssen. — Allein es kömmt weniger auf die Motive, als auf die Disposition an [38]), und das Gesetz, gut oder schlecht, lautet nun einmal so; wir müssen es daher in dieser seiner Fassung anerkennen [39]).

Schwieriger ist das Bedenken, ob das lediglich für die römischen Legaten, aus Rücksicht auf ihren Stand, gegebene Gesetz ausgedehnt, und aus einem Personalprivilegium zu einem allgemeinen Grundsatze, wie er am Anfange unserer Nr. steht, gemacht werden könne, der noch heutigen Tags anwendbar ist? Für die negative Meinung läßt sich anführen, daß Privilegien, Rechtswohlthaten und Ausnahmsgesetze, namentlich auch die Standesprivilegien, nicht ausdehnend erklärt werden dürfen [40]),

---

quamvis conscius sceleris non sit, reus tamen dicitur, quamdiu in judicium pro re aliqua petitur."

37) Der Ausdruck „experiri", welcher Klagen und Angreifen bedeutet (§. 18. Note 57.) beweist, daß man auch bei den Römern die Klage noch nicht als eine Ueberweisung des Beklagten ansah, sondern vielmehr nur als ein Experimentiren des Klägers, ob er seinen Anspruch und dessen Beweis durchsetzen könne. Bei dem Beweise selbst ist das teutsche Wort Probiren (gleichbedeutend mit Versuchen) nur der germanisirte Ausdruck von probare, welches bei den Römern die Beweisführung bezeichnete.

38) Arg. §. 31. Inst. de legat. (2. 20.) L. 17. §. 2. L. 72. §. 6. Dig. de condit. et demonst. (35. 1.) Höpfner: Komment. üb. d. Institit. §. 576.

39) L. 12. §. 1. Dig. qui et a quib. manumissi (40. 9.) Seuffert: Lehrb. d. prakt. Pandektenrechts. (Würzburg, 1825) Bd. I. §. 8.

40) L. 14. Dig. de legib. (1. 3.) L. 162. Dig. de reg.

und daß Vorschriften, welche die eigenthümlich römischen Staatseinrichtungen und Beamtungen, wie die Legationen [41]), betreffen, nicht unter das bei uns rezipirte Recht zu rechnen sind [42]). Dennoch geben wir der affirmativen Meinung den Vorzug. Denn nach der L. 14. §. 2. Cod. de compens. (4. 31.) fällt sogar die Kompensation hinweg, wenn der Beklagte mittelst eines Deliktes eine fremde Sache besitzt; sohin muß, nach dem argumentum a minori ad majus [43]), und nach der Analogie [44]), dem Delinquenten auch die Widerklage entgehen [45]). Ferner sperrt das kanonische Recht auch bei dem Spolium dem Delinquenten die Widerklage (§. 9. Nr. 111), und hat also bereits jenes Privilegium generalisirt. Die Ungleichartigkeit einer Deliktsklage und einer andern Civilklage spricht endlich auch gegen das idem judicium. Da wir übrigens die Klagen auf Privatstrafen nicht mehr oder doch nur in sehr vermindertem Maaße haben [46]), und gegen den De-

---

jur. (50. 17.) Cap. 28. de reg. jur. in VI. (5. 13.) Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. I. §. 17.

41) Die heutigen Gesandschaften sind etwas ganz Verschiedenes; die römischen Legaten waren Beamte in den römischen Provinzen, die modernen Gesandten sind in fremden Staaten akkreditirte Repräsentanten ihrer Souveräne.

42) Schweppe a. a. O. §. 49.

43) L. 5. Dig. de serv. export. (18. 7.) L. 7. §. 22. Dig. de iuterdict. et releg. (48. 22.)

44) LL. 12. 13. Dig. de legib. (1. 3.)

45) Wenn Ulpian in der L. 21. Dig. de reg. jur. (50. 17.) lehrt: „Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere“; so darf man auch e contrario schließen: Non debet, cui minus non permittitur, quod majus est, permitti.

46) Höpfner: Komment. üb. d. Instit. §. 1014. Thibaut: System des Pandekten-Rechts. Bd. I. §. 68. Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. III. §. 541. Seuffert: Lehrb. d. prakt. Pandekten-Rechts. Bd. II. §. 282. Martin: Lehrb. d. teutschen gemeinen Kriminal-Rechts (2. Ausg. Heidelberg, 1829) §. 95.

linquenten im Kriminal- oder Polizeiwege, wo ohnehin die Widerklagen keinen Platz haben (Nr. V.), eingeschritten wird, so hat sich die Anwendbarkeit des Verbotes gehoben oder doch äußerst verringert [47]). Ungeachtet wir indessen hier die erwähnte L. 2. §. 5. allgemein aufgefaßt haben, so wollen wir sie doch nicht, auch noch über die Vergehen hinaus, auf alle die Fälle ausgedehnt wissen, in welchen der Kläger seinen Gegner bloß einer Ungerechtigkeit oder Unbilligkeit (dolus civilis, mala fides) beschuldigt. Wir würden sonst ungebührlich weit geführt werden; ja, wir müßten beinahe in allen Prozessen die Widerklage für verboten halten, da der dolus eine weite Bedeutung hat [48]), und da in der Regel der Kläger seinem Gegner eine Ungerechtigkeit oder Unbilligkeit, sei es in dem Betragen oder in der Tendenz, vorwirft, um sein erlittenes Unrecht zu zeigen. Wer einen solchen Vorwurf nicht zu machen weiß, und bloß gerechte und billige Menschen vor sich hat, welche die praecepta juris [49]) befolgen, ist zur Klagestellung weder veranlaßt noch legitimirt [50]).

Die vorgetragene Regel hat auch ihre Ausnahmen. Es gibt Fälle, in welchen auch der wegen eines Privatvergehens Klagende sich widerbeklagen lassen muß:

1) Bei den Römern verlor das Verbot der Widerklage seine Kraft, wenn der Gegner des Legaten ebenfalls ein Legat war, oder sonst das privilegium revocandi domum für sich hatte, nach dem Satze: privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur [51]).

---

47) Wo das Delikt eine öffentliche Strafe nach sich zieht, kann nach dem römischen, wie nach dem teutschen Rechte die Klage auf eine Privatstrafe nicht konkurriren. L. 6. Dig. de injur. (47. 10.) Seuffert a. a. O. Bd. II. §. 408.

48) L. 2. §. 5. Dig. de doli mali et met. except. (44. 4.) Seuffert: Lehrb. d. prakt. Pandektenrechts. Bd. I. §. 70.

49) L. 10. §. 1. Dig. de just. et jur. (1. 1.).

50) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 47.

51) Thibaut: System des Pandekten-Rechts. Bd. I. §. 86.

Diese Ausnahme ist aber heut zu Tage eine Antiquität, weil das Verbot nicht mehr auf einem Privilegium beruht, sondern ein allgemeiner, bei Privatvergehen Statt findender Grundsatz geworden ist.

2) Ist der Beklagte eine Person, welche das Privilegium hat, ihren Gegner vor ihrem eigenen Richter zu beklagen (§. 31.), so bleibt das Verbot aufrecht. Wenn auch gleich Privilegien den allgemeinen Gesetzen vorgehen[52]); so ist doch in dem erwähnten Privilegium nicht das Recht auf die Identität und Gleichzeitigkeit des Prozesses enthalten. Der Privilegirte darf also zwar seine Ansprüche bei seinem Richter verfolgen, aber nicht mit einer Widerklage in dem Prozesse der gegnerischen Klage, sondern mit einer gewöhnlichen Klage in einem zweiten Prozesse.

3) Wenn der von dem Kläger implorirte Richter zufällig sein eigener ordentlicher Richter ist, so würde die Widerklage unter der Voraussetzung erlaubt sein, daß in dem Gesetze bloß die Unterwerfung des Klägers unter einen andern, als seinen ordentlichen Richter die einzige Ursache des Verbotes wäre. Allein das Gesetz will auch alternativ verhüten, daß die Klage auf außerordentliche Weise durch eine Widerklage außer Wirksamkeit gesetzt werde („impune contumeliis aut damnis adficientur), was auch bei einem solchen Richter geschehen könnte. Der Beklagte muß also hier, wie im Falle der vorigen Nr., bei dem Richter der gegen ihn angestellten Klage auf-

---

Note 1. Auf Klagen vor den Richtern in den Provinzen paßt die Auth. Qua in provincia. Cod. ubi de crimin. agi oport. (3. 15.), welche in manchen Ausgaben des Corpus juris im tit. Cod. de jurisdict. omn. jud. (3. 13.) steht; „Si ambo, et actor et reus, sint in provincia illic, omni privilegio cessante, res expediatur.“ Codicis Chisiani collectio. §. 48. et Hugolini dissens. DD. §. 138. in Haenel dissens. DD. pag. 154. 367.

52) Arg. L. 41. Dig. de poenis. (48. 19.) L. 80. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 1. de constit. in VI. (1. 2.)

treten, aber mit einer gewöhnlichen Klage in einem neu zu formirenden Prozesse.

4) Richter[53]) behauptet, der eines Deliktes Beklagte sei der Widerklage gegen den Kläger bloß dann verlustig, wenn das Delikt in der bestimmten Absicht begangen worden sei, den Verletzten, sobald er geklagt hat, widerzubeklagen. Diese Einschränkung halten wir für unrichtig. Denn in unserer L. 2. §. 5. ist davon gar keine Rede, und ein anderweitiges Gesetz konnte von Richter nicht angeführt werden. Die Widerklage wird in der L. 5. aus Rücksicht auf den Stand der Legaten verboten, und aus Rücksicht auf die Folgen der Widerklage (alioquin aut impune contumeliis aut damnis adficientur, aut erit in potestate cujusque, pulsando eos subjicere ipsos jurisdictioni, dum se vindicant"). Es kömmt dem Gesetze nicht darauf an, ob die Absicht, den Legaten vor ein fremdes Gericht zu ziehen, das Delikt erzeugt hat; es fragt nicht nach dieser seiner Abstammung; wir dürfen also auch nicht darnach fragen, wir müssen vielmehr annehmen, daß auch ein solcher Beklagter von der Widerklage ausgeschlossen ist, welcher bei der Begehung des Deliktes gar nicht an den Gerichtsstand der Widerklage gedacht hat, und etwa erst, nachdem er beklagt ist, und sich zur Anstellung der Widerklage entschlossen hat, auf jenen Gerichtsstand entweder von selbst oder mit Hilfe eines Andern aufmerksam wird. Ueberhaupt sind Gedanken und Gesinnungen, auf dem Gebiete der Sittlichkeit und Religion einheimisch, in der Regel keine Gegenstände des Rechtes und Prozesses, wo man auf Thatsachen sieht[54]). Wenn

---

53) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 4. §. 5.

54) L. 43. §. 1. Dig. de aedilit. edicto. (21. 1.) L. 14. Dig. ad leg. Cornel. (48. 9.) L. 18. Dig. de poenis. (48. 19.) L. 53. §. 1. L. 225. Dig. de verb. signif. (50. 16.) Velleji Paterc. histor. lib. II. cap. 8. Eisenhart: Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern

auch bei Beleidigungen die Absicht zu beleidigen wesentlich ist[55]), so ist doch die Spekulation, für eigene Ansprüche einen außerordentlichen Richter zu erlangen, etwas ganz Anderes[56]), wie überhaupt der Gedanke, Jemanden zu kränken, außerhalb einer Injurie liegt[57]), und jeder Berechtigte darf zu seiner Rechtsverfolgung den ihm bequemsten Weg wählen, ohne verbunden zu sein, dem Gegner die Vertheidigung zu erleichtern[58]). Endlich wird, bei der dermaligen Rechtspflege, die Absicht auf den Gerichtsstand zur Zeit, da erst geklagt wurde, und die Widerklage erhoben wird, noch illiquid sein, weil das Beweisverfahren, erst nach dem Beweisinterlokut folgt, in einer Periode, wo es zur Widerklage zu spät ist. Man kann also ihre Zulassung nicht von jener Liquidität abhängig machen, welche sich erst herausstellt, nachdem die Widerklage wegen des Ablaufs ihrer Frist unstatthaft geworden ist.

5) Zuläßig gegen einen Gegner aus einem Vergehen ist eine Widerklage, welche ebenfalls auf einem Vergehen, und zwar auf einem Vergehen des Hauptklägers beruht. Dieß geht schon analog daraus hervor, daß gegen Vergehen Kompensation aus andern Vergehen erlaubt wird[59]).

---

§. 447. Bloß im moralischen Sinne ist Seneca zu verstehen, de ira, lib. I. cap. 3. „Ipsa cogitatione nos laedunt, et injuriam qui facturus est, jam facit.“

55) L. 3. §§. 1. 2. L. 4. Dig. de injur. (47. 10.)

56) Sie ist nicht einmal mala fides. Gesterding: Ausbeute v. Nachforsch. Th. II. Nr. VI. S. 269. ff.

57) Seuffert: Lehrb. d. prakt. Pandektenrechts. Bd. II. §. 406.

58) Martin: Lehrb. d. Proz. §. 39.

59) L. 30. Dig. de negot. gest. (3. 5.) L. 36. Dig. de dolo malo. (4. 3.) L. 10. Dig. de compens. (16. 2.) L. 39. Dig. solut. matrim. (24. 3.) L. 7. Dig. de act. rer. amot. (25. 2.) L. 154. §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 4. X. de ord. cognit. (2. 10.) Codex jur. bavar. jud. de anno 1753. Kap. 8. §. 1. Nr. 6. Qui-

Allein die Kompensation reicht nicht mehr aus, wenn der Beklagte Mehr fordert, oder etwas generisch Anderes, als der Kläger. Gleichwohl wäre es unbillig, und — man darf sagen — inkonsequent und absurd, daß der Beklagte mit einem angeblich größeren Forderungsrecht in der Verfolgung desselben schlechter daran sein sollte, als wenn er ein quantitativ gleiches oder kleineres prätendirt, daß er dort in eodem judicio mit seiner vollen Forderung nicht auftreten, hier aber dieselbe als einen Kompensationsposten entgegensetzen könnte, oder daß er mit einer generisch verschiedenen Forderung, z. B. wenn er der ästimatorischen Klage eine Widerklage auf Widerruf entgegenzusetzen hat, völlig schweigen müßte, da doch überhaupt die Widerklage mit der Hauptklage nicht materiell konnex zu sein braucht (§§. 34. 35.). Unsere Meinung ruht aber nicht nur auf der Analogie der Kompensation, sondern sie findet auch eine Stütze in der angeführten L. 2. de judiciis selbst. Der Jurist will in derselben, daß aus Vergehen kein Vortheil gezogen werde; er muß also auch wollen, daß der Delinquent (sei er Kläger oder Beklagter) wegen seines Deliktes vor Gericht verantwortlich sei und bleibe, und vor einem andern Kläger oder Beklagten, der von Delikten frei ist, keinen Vorzug habe. Wäre aber der eines Deliktes entgegen beschuldigte Kläger in eodem judicio unverantwortlich, oder von der Verbindlichkeit befreit, sich von dem Beklagten widerbeklagen zu lassen, so hätte er wirklich einen solchen Vorzug. Haben A. und B. sich wechselseitig beleidigt, und also Beide delinquirt, so darf, unter diesen

---

storp: Grundsf. d. teutschen peinl. Rechtes. (Teutschland, 1796.) Th. I. §. 332. Glück: Erläut. d. Pandekt. Th. XV. §. 929. Krug: d. Lehre v. d. Kompensation. §. 53. And. Mein. Gesterding: Ausbeute v. Nachforsch. Th. I. Nr. XII. S. 319. ff. Anders in Sachsen. Vgl. Kori: üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 8. Anders endlich auch bei Verbrechen. L. 2. §. 4. Dig. ad leg. Jul. de adult. coercend. (48. 5.) und in Polizeifällen (S. 153.)

gleichen Umständen, Keiner vor dem Andern etwas voraus haben. Hat A. geklagt, so ist und bleibt er eben so, wie sein beklagter Gegner Delinquent (Injuriant), und dem Gegenanspruch, selbst in eodem judicio, unterworfen. Die Thatsache des durch A. bewerkstelligten Klagens wegen der von B. verübten Injurie kann den Kläger in Beziehung auf sein Delikt in eodem judicio nicht unantastbar machen. Die Prävention des A. hat gerade die Folge, daß nun der B. widerklagen kann, weil nunmehr gegen ihn eine Hauptklage vorliegt, wohingegen B. wenn er zuerst geklagt hätte, dem A. die Möglichkeit einer Widerklage in die Hände gespielt haben würde. Man kann doch wahrhaftig den B. nicht mit dem Verluste der Widerklage strafen, weil er die Klage des A., die Bedingung der Möglichkeit einer Widerklage, abgewartet hat, und umgekehrt, so lange Beide in gleicher Lage eines angeblichen Deliktes sich befinden! Allerdings wird der Widerbeklagte, nicht aber der Hauptbeklagte, seinem ordentlichen Richter entzogen; dieß könnte als ein Vortheil des Widerklägers aus seinem Delikte, dagegen als ein Nachtheil des Widerbeklagten angesehen werden; allein im Grunde ist dieß nicht Folge der Injurie, sondern der Prävention des A., welcher von seiner Seite seinen ordentlichen Richter verloren haben würde, wenn er den B. hätte präveniren lassen. Abgesehen davon würde man den angegebenen Vortheil des Widerklägers und Nachtheil des Widerbeklagten als eine Folge des von dem Letzteren, nicht von dem Ersteren begangenen Deliktes ansehen müssen; denn hätte nur der Widerbeklagte nicht delinquirt, so hätte er nicht widerbeklagt, und seinem ordentlichen Richter nicht entzogen werden können. Er mag sich nun an die L. 203. Dig. de reg. jur. (50. 17.) erinnern: „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire“, und an Cap. 86. de reg. jur. in VI. (5. 13): „Damnum quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare.“ Sieht gleich Ulpian in der L. 2. den Gerichtsstand als eine Folge des Vergehens des Widerklägers an, so ist doch sein Fall ganz

anders, als der obige, und bietet darum sogar ein argumentum e contrario dar. Bei Ulpian ist der widerklagende Beklagte allein der Delinquent. Wenn nun aber auch der Kläger Delinquent ist, wenn er in seiner Deliktsklage die schuldigen Leistungen aus seinem Delikte unberücksichtigt ließ, und sie nicht vorher erfüllt hat, so daß auch der Beklagte noch eine Deliktsklage hat; wenn z. B. A. 1,000 fl. mit der ästimatorischen Klage fordert, ehe er den Gegner mit einer Abbitte vergnügt hat, oder während er noch mit Recht um 1,600 fl. angesehen wird; so ist seine Klage voreilig oder eine Mehrforderung, und er fügt seinem Delikte noch einen neuen dolus bei [60]), durch welchen er die Immunität von einer Widerklage auf etwas Ungleichartiges oder Ueberschüßiges nicht nur nicht erwirbt, sondern sogar verlieren muß. Die etwaige Illiquidität seines Vergehens aber hat keine Wirkung, indem auch das Vergehen des Beklagten im Anfange des Prozesses illiquid sein darf, und einer illiquiden Hauptklage gegenüber eine illiquide Widerklage zugelassen werden muß (Nr. II. 3.). — Endlich wenn man die L. 154 §. 1. Dig. de reg. jur. (50. 17) [61]) auf die wegen begangener Delikte angestellte Pönalklage bezieht, führt sie auch — freilich nicht ganz bestimmt — zur Zuläßigkeit einer Widerklage. Es ist dann im Gesetze gesagt: wer in Folge einer pönalen Deliktsklage eine Strafe zu besorgen habe, dürfe auch den Kläger mit einer solchen Klage auf eine Strafe belangen; und man muß sich hinzudenken, daß dieses auch in eodem judicio conventionis geschehen könne.

So weit von den scheinbaren und wirklichen Ausnahmen der aus der L. 2. §. 5. Dig. de judiciis abgeleiteten Re-

---

60) L. 4. Dig. de compens. (16. 2.) L. 8. Dig. de doli mali et met. except. (44. 4.) L. 173. §. 3. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 59. de reg. jur. in VI. (5. 13.)

61) „Illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam incidit.“ Rücksichtlich der Legaten vgl. auch die L. 24. §. 1. Dig. de judiciis. (5. 1.)

gel. Der umgekehrte Fall der letzteren, wenn gegen einen Kläger aus einem Vertrage der eines Deliktes nicht beschuldigte Beklagte aus einem Vergehen widerklagt, ist zu Gunsten der Widerklage zu entscheiden, sowohl nach unserer L. 2, weil es da geradezu heißt: ‚si agant, compelluntur se adversus omnes defendere“, als nach der L. 1. Cod. rer. amot. (5. 21.) — (§. 7. Nr. IX.) — und da sogar ein deliktfreier Kläger der Widerklage unterliegt [62]). — Was von den Delikten gilt muß übrigens auch von den Quasidelikten angenommen werden, da sie die Natur jener nachahmen, und ihnen zum Theil wahre Vergehen zum Grunde liegen [63]).

VII) Ist der Klagegegenstand ein Depositum, und der Deponent hat gegen den Depositar die actio depositi directa angestellt, so wird eine Widerklage als unstatthaft angesehen, nach Analogie der Einrede der Kompensation, deren Gebrauch in einem solchen Falle dem Depositar gesperrt ist. Gajus [64]) gestattet die Kompensation, indem er sagt: „In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui debeat, in quo et illud continetur, ut habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare. — Sunt autem bonae fidei judicia haec: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi“ etc. (§. 4.) Allein spätere Stellen sprechen das Verbot aus [65]):

---

62) Ueber eine hier nicht ganz außer Acht zu lassende Stelle Seneca's vgl. die Note 65.

63) Seuffert: Lehrb. d. prakt. Pandektenrechts. Bd. II. §§. 254. b. 283.

64) Comment. lib. IV. §§. 61. 62.

65) Auch eine Stelle Seneca's (de benef. lib. VI. cap. 5.) spricht für die Kompensation: „Non confunditur formula, si

Pauli recept. sent. lib. II. tit. 12. §. 12: „In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est.“

§. 30. Inst. de action. (4. 6.): — „Sed nostra constitutio easdem compensationes — latius introducit — excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi sane iniquum esse credimus: ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.“

L. 14. §. 1. Cod. de compens. (4. 31.) Justinianus A. Joanni P. P.: — „Excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus: §. 2. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.“

L. 11. pr. Cod. depos. (4. 34.) Imp. Justinianus A. Demostheni P. P.: „Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens: cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, per perfidiam retrahatur. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur: sed depositae quidem res, vel pecuniae, ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei vide-

---

qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit, et ego cum illo furti agam, et ille mecum depositi.“ Mit Recht wird aber dieses ohne Anführung von Gesetzen hingeworfene Zeugniß für unzuverläßig und beweisunkräftig gehalten. — Vgl. Krug: die Lehre von der Kompensation. §. 77.

licet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae ei reserventur. Quod obtinere (sicut jam dictum est) oportet, et si ex una parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita: ut integra omni legitima actione servata, depositae res vel pecuniae prima fronte restituantur“ [66]).

Cap. 2. X. de depos. (3. 16.) Gregorius IX.: „Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti. De culpa quoque teneris, si te ipsum deposito obtulisti, vel si aliquid pro custodia recepisses. Pacto vero, culpa vel mora praecedentibus, casus etiam fortuitus imputatur. Sane depositori licuit pro voluntate sua depositum revocare, contra quod compensationi vel deductioni locus non fuit, ut contradictus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam referatur, licet compensatio admittatur in aliis, si causa, ex qua postulatur, sit liquida, ita quod facilem exitum credatur habere“ [67]).

---

66) Die L. 6. Cod. de rei vind. (3. 32.) wird hierher nicht gerechnet, da in derselben das Wort compensatio für datio in solutum steht. Krug a. a. O. Note 466. Eben so wenig beziehen sich auf unsern Fall die Nov. 88. cap. 1. und die Auth. Sed jam cautum est. Cod. depos. (4. 34.), weil darin von der Intervention und verhinderten Restitution durch dritte Personen, außer dem Deponenten und Depositar, die Rede ist.

67) Auch in neuere Gesetzbücher ist das Verbot der Kompensation übergegangen. Codex juris bavar. jud. de anno 1753. Th. IV. Kap. 2. §. 8. Nr. 17 u. 18: „Hat gegen den Depositarius — actio depositi directa Statt, und kann von ihm, ohne sonderbares obrigkeitliches Verbot oder Arrest, weder unter dem Vorwande einer Kompensation, Retention, oder anderer immer erdenklichen Einrede — elidirt oder aufgehalten werden.“ Bender: Lehrbuch des Privatrechts der freien Stadt Frank-

Der Deponent ist also unbedingt gegen die Kompensation geschützt, so daß der Depositar sogar dann, wenn er selbst zugleich Deponent ist, nicht kompensiren kann [68]). Da wir uns an die Worte der Gesetze halten müssen, so kann auch selbst wegen Verwendungen oder Auslagen für das Depositum die Kompensation nicht gestattet werden [69]). Immer soll der Depositar unverzüglich restituiren, wogegen ihm unbenommen bleibt, seine Ansprüche an den Deponenten mittels einer Klage, bei Forderungen aus dem Depositum selbst mit der actio depositi contraria, besonders auszutragen. Die Gesetze beruhen auf der Ansicht, daß für das Depositum eine größere Billigkeit spreche, als für die Kompensation, und daß das Depositum im guten Vertrauen gegeben und genommen werde, der Depositar also durch die Einrede der Kompensation das Vertrauen des Deponenten nicht täuschen, die Zurückgabe nicht hintertreiben, und überhaupt nichts profitiren solle. Selbst bei dem depositum irregulare, wenn es nur

---

furt. (Frankfurt 1835.) Code Napoléon, art. 1203: „La compensation a lieu — excepté dans le cas de la demande en restitution d'un depôt."

68) And. Mein. Krug: die Lehre von der Kompensation. §. 77. Nr. 3.

69) Eine Streitfrage der Glossatoren. Vgl. Hugolini dissens. DD. §. 246. in Haenel dissens. DD. pag. 424. Die entgegengesetzte Meinung ist sehr verbreitet. Berger oecon. jur. lib. III. tit. 2. th. 13. Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 4. §. 2. Auch der Cod. juris bavar. jud. a. a. O. läßt ausnahmsweise Kompensation zu. Vgl. dagegen Krug: die Lehre von der Kompensation. §. 77. Nr. 1. Zwar sagt die L. 23. Dig. depos. (16. 3.): „Actione depositi conventus, servo constituto, cibariorum nomine, apud eundem judicem utiliter experitur," diese Stelle spricht aber, indem sie das Wort „experiri" gebraucht, nicht von einer Einrede, sondern von einer Klage (§. 18. Note 54.), die getrennt oder als Nachklage angestellt werden kann.

ein depositum ist, und die actio depositi angestellt wurde, ist keine Ausnahme zu gestatten [70]). Hieraus nun glaubte man auch auf ein Verbot der Widerklage schließen zu müssen, weil sie mit der Kompensation verwandt, und noch bedeutungsvoller, als diese, ist.

Lauk [71]) entgegnet dieser Ansicht Folgendes: „Bei der Widerklage ist das Verhältniß ein ganz anderes. In dem ordentlichen Prozesse wird immer über die Klage und Einrede zugleich erkannt; da könnte es denn oft durch das Vorschützen der Kompensations-Einrede dahin kommen, daß der Deponent sein Depositum sehr lange entbehren müßte; diesem nun wollte der Gesetzgeber begegnen. Wenn aber die Klage einfach, die Widerklage dagegen weitaussehend ist, so fällt ja der effectus simultanei processus weg, und nur der effectus prorogatae (§. 25.) jurisdictionis findet Statt. — Wenn die einer Klage entgegengesetzte Einrede der Kompensation verworfen wurde, und nun es sich darum handelt, ob dieselbe noch im Wege der Widerklage geltend gemacht werden kann, so muß man unterscheiden, ob die Einrede deßwegen verworfen wurde, weil die Erfordernisse der Kompensabilität nicht vorhanden waren, oder weil gar keine Forderung nachgewiesen ward. Im ersten Falle findet die Widerklage Statt, im letzten dagegen steht ihr die exceptio rei judicatae entgegen."

Diese Aeußerungen verdunkeln mehr, als sie aufhellen. Der Verfasser gibt hier der Einrede der Kompensation, im Falle einer angestellten actio depositi directa, zur Widerklage keine andere Stellung, als sie und jede andere erlaubte Einrede außer dem Falle jener actio hat. Denn auch bei der actio venditi können die Einreden der Kompensation und der Zahlung, wenn sie angebrachter Maßen verworfen wurden, als besondere Klagen (etwa als condictiones

---

70) Krug a. a. O. Nr. 2. Schenck: die Lehre von dem Retentionsrechte nach gemeinen Rechten. (Jena 1837.) §. 61. S. 215.

71) Im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 82.

indebiti) geltend gemacht werden, nicht aber, wenn die Forderung als solche abgewiesen ist, wegen der entgegenstehenden Einrede der abgeurtheilten Sache. Und doch muß in unserem Falle durch das Verbot der Kompensation die Widerklage in ein anderes Verhältniß kommen. Halten wir uns genau an die Streitfrage! Diese heißt: Wenn ein Deponent auf das Depositum mit der actio depositi directa geklagt hat, kann der Depositar widerklagen, d. h. kann auch er in dem nämlichen Prozesse und vor dem nämlichen Richter klagen? Eine getrennte oder successive Klage ist in unsern Augen keine Widerklage (§. 2.), und in unserem Falle zuläßig, nach den Worten der L. 11. pr. Cod. depos. (4. 34.): „integra omni legitima actione [72]) servata.“ Daß übrigens Justinian nicht bloß an Einreden, sondern auch an Widerklagen gedacht habe, geht daraus hervor, daß es in dem angeführten Gesetze heißt: „quasi et ipse quasdam — actiones — praetendens,“ eine Aeußerung, die ein direktes Verbot der Widerklage ziemlich deutlich enthält, und die aus der Kompensation gebildete Analogie wenn nicht überflüßig macht, doch bestärkt und rechtfertigt. Dennoch glauben wir, Justinian habe nur fungible Gegenstände, wie sie bei der Kompensation sich finden, vor Augen gehabt, und sohin nicht jede Widerklage untersagt. Diese Ansicht wird auch ganz durch die Natur der Sache unterstützt. — Sind die Gegenstände der Haupt- und Widerklage von gleicher Gattung, fungibel und kompensirbar, so findet unserer Meinung nach eine Widerklage nicht Statt. Denn bis zum quantitativen Betrage der Klage ist die Gegenforderung nur Kompensation, die Widerklage fängt erst mit dem Ueberschusse an, weil erst mit ihm eine Leistung und eine Verurtheilung des Hauptklägers (Erfordernisse jeder Klage, §. 3.) möglich werden (§. 38). Bis zum Betrage des Depositi-

---

72) Nach einer andern Lesart: „ratione.“ Der Sinn wird dadurch nicht nothwendig im Wseentlichen verändert.

tums kann also der Depositar in dem nämlichen Prozesse und vor dem nämlichen Richter sein Recht nicht geltend machen, weil in diesen Gränzen eine Widerklage nicht geboren, die Einrede der Kompensation aber gesetzlich verboten ist. Es bleibt nun noch der Ueberschuß, der aber, weil er jetzt allein steht, wieder bis zum Betrage des Depositums in die Kompensation fällt, und so immer weiter in einer Weise, daß vor lauter Kompensationen die Widerklage nie einen Stoff erhält, und ihr gleichsam der Boden, auf dem sie sich festsetzen will, immer unter den Füßen hinweggezogen wird. Ein Beispiel wird dieß zeigen. A. hat bei B. 1,000 fl. deponirt, und B. hat an A. 5,000 fl. zu fordern. A. klagt auf das Depositum, und B. erhebt eine Widerklage auf die 5,000 fl. Diese letzte Summe ist bis zu 1,000 fl. bloße Kompensationssumme, welche lediglich die Befreiung von der durch den Kläger geforderten Leistung (wie bei jeder Einrede) bewirken könnte, allein keine Verurtheilung des Klägers. Da nun die Kompensation gegen den Deponenten nicht erlaubt ist, so müssen wir 1,000 fl. bei der Gegenforderung abstreichen, und als in dem anhängigen Prozesse rechtlich nicht mehr existirend ansehen. Es bleiben also noch 4,000 fl. allein stehen. Aber nun muß die Operation wiederholt werden. Es gehen aus den vorigen Gründen wieder 1,000 fl. ab, und eben so an den successiven Resten zu 3,000 und 2,000 fl., bis endlich 1,000 fl. von sich selbst abgezogen werden, und für eine Widerklage nichts mehr übrig ist. Schwerlich hat irgend ein Verfasser der Quellen die Sache so mit vollem Bewußtsein durchschaut, die Gesetze lassen dieß nicht annehmen; allein unsere Ansicht, wenn gleich neu, ist doch von Bedeutung, weil sie in dem Wesen der Kompensation, auf welche hier Alles ankömmt, natürlich begründet ist, und weil gerade bei fungiblen Gegenständen durch eine zugelassene Widerklage die Retention des Depositums bewirkt würde, gegen welche doch die Gesetze eifern. Darauf läßt sich der Satz gründen, daß überall, wo die Kompensation bei gleich generischen und fungiblen Sachen wegfällt, auch

eine Widerklage nicht aufkommen kann, und daß ihr Betrag theilweise immer im Augenblicke des Gleichgewichtes mit der Hauptklagesumme eine Kompensationssumme wird, und endlich ganz in eine solche aufgelöst wird, so daß die Widerklage durch successive Vernichtung verschwinden muß.— Sind aber die Gegenstände der Haupt- und Widerklage generisch verschieden oder zwei individuelle Spezies, so kann, wenn nicht eine Werthschätzung zu Handen genommen, und den Gegenständen substituirt wird (§. 4. Note 23), von Kompensation die Rede nicht sein. Eine Widerklage ist aber hier zuläßig. Denn obgleich hier die Kompensation ihrer Natur nach unausführbar ist [73]), so steht doch der Möglichkeit der Widerklage Nichts entgegen, da diese selbstständig ist, und auf einen Gegenstand gerichtet sein kann, welcher auf den der Hauptklage gar keinen Einfluß äußert. Das Verbot der Kompensation in den obigen Gesetzen ist auf den Fall einer generisch verschiedenen und nicht fungiblen Gegenforderung nicht zu beziehen, weil hier die Kompensation, als ohnehin faktisch unmöglich, nicht verboten zu werden brauchte, und die Gesetze immer im Sinne einer vernünftigen und zweckmäßigen Disposition auszulegen sind [74]). Das Wort „actiones“ kann uns dabei nicht beunruhigen, weil es mit der compensatio durch „quasi“ in Verbindung gesetzt ist, also entweder eine durch die Vertretbarkeit des Gegenstandes mit der Kompensation verwandte Klage oder eine durch eine aestimatio künstlich bewirkte Vertretbarkeit voraussetzt, oder endlich weil actio nur ein Forderungsrecht, selbst wenn es mit der Einrede der Kompensation verfolgt wird, bezeichnen kann [75]). Da wir also hier kein Verbot der Kompensation haben, so kön-

---

73) Krug: die Lehre von der Kompensation. §. 42. S. 118. ff.

74) L. 19. Dig. de legib. (1. 3.)

75) L. 51. Dig. de oblig. et action. (44. 7.): „Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi.“

nen wir um so weniger analog auf ein Verbot der Widerklage schließen, als die objektiven Erfordernisse bei dieser anders und unbeschränkter, als bei jener sind, und wir hier dem Satze begegnen: ubi contraria ratio, ibi contraria dispositio. Ja selbst gesetzt, die Kompensation sei auch bei generisch verschiedenen und nicht fungiblen Sachen, ungeachtet ihrer Unausführbarkeit, verboten, und die faktische Unmöglichkeit sei auch positiv als rechtliche ausgesprochen, kömmt uns Paulus in der L. 162. Dig. de reg. jur. (50. 17.) zu Hilfe: „Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.“ Schlüßlich ist bei einer Widerklage auf einen generisch verschiedenen und nicht fungiblen Gegenstand die Retention, gegen welche die Gesetze sich erklären, nicht in der Art nothwendig, wie bei der Kompensation, weil diese eine Retention auf immer, um damit die gegenseitigen Forderungen zu berichtigen, involvirt [76]), dort aber doch am Ende die Gegenstände gegen einander ausgewechselt werden müssen, wenn Alles im Sinne der beiden Klagen richtig werden soll. Wenn daher, wie nicht zu leugnen ist, bei dem Verbote der Kompensation die damit verbundene Retention mitgewirkt hat, so lassen sich die Gesetze nicht auf andere Fälle ausdehnen, in welchen die Kompensation sammt der in ihr liegenden Retention wegfällt. Diese Gründe scheinen uns hinreichend zu sein. Wenn also A. eine Naturalforderung auf deponirtes Getraid oder auf deponirten Nierensteiner Wein von 1822 einklagt, so lassen wir den B. auf Geld oder auf Cyperwein von 1837 widerklagen, und zwar ohne Retention, sobald A. gesiegt hat. Wäre die Gegenforderung zu weitwendig, so würden wir sie zur besondern Austragung verweisen, aber nur wegen ihrer Weitwendigkeit (Nr. II.), nicht deßwegen, weil A. auf ein Depositum geklagt hat.

VIII) Bei Klagen des Fiskus ist die Kompensation,

---

76) Schenck: die Lehre von dem Retentionsrechte. §. 8.

folglich auch die Widerklage, nach römischem Recht im Allgemeinen erlaubt, wie aus folgenden Stellen erhellt:

L. 11. Dig. de compens. (16. 2.); „Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet: constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.“

L. 12. Dig. ibid.: „Idem juris est non solum in privatis, verum etiam in causa fisci constitutum. Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen sint usurae: compensatio nihilominus locum habet ejus, quod invicem debetur.“

L. 24. Dig. ibid.: „Jussit Imperator audiri approbantem, sibi a fisco deberi, quod ipse convenitur [77]).“

L. 46. §. 4. Dig. de jure fisci. (49. 14.): „Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet.“

§. 5. ibid.: „Ut debitoribus fisci, quod fiscus debet, compensetur, saepe constitutum est.“

L. 3. Cod. de compens. (4. 31.): „In ea, quae reipublicae te debere fateris, compensari ea, quae invicem ab eadem tibi debentur, is, cujus de ea re notio est, jubebit.“

Dieß ist um so mehr anzunehmen, da überhaupt im Rechte Alles für erlaubt gilt, was nicht verboten ist, und da der Fiskus im Allgemeinen nicht als privilegirt angesehen, sondern im Zweifel gegen ihn entschieden werden soll [78]).

---

77) Baudoza liest: „in quod ipse convenitur.“ Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. XV. §. 932. Note 6.

78) L. 10. Dig. de jure fisci. (49. 14.) — Kleinschrod (systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. Th. II. §. 92. S. 241. Note **) gestattet sogar dem Verbrecher die Kompensation, wenn er an den Fiskus eine Geldstrafe zu zahlen, und an ihn Etwas zu fordern hat.

Verboten ist aber die Kompensation:

1) bei Forderungen des Fiskus, welche zu besondern Zwecken zu verwenden, und vom allgemeinen Staatsvermögen stiftungsmäßig geschieden sind [79]), nach den Worten der L. 3. Cod. de compens. (4. 31.): „neque ejus, quae [80]) statutis sumptibus servit.“ Hier erscheint der Fiskus nur als Verwalter jener Einnahmen, eigentlicher Gläubiger ist das Institut, für welche dieselben bestimmt sind (§. 18.). Gegen das Institut selbst sollte eigentlich kompensirt werden dürfen, das Gesetz verwirft aber zu deutlich in einem solchen Prozesse dieses Behelf.

2) Bei Alimentenforderungen des Fiskus, worunter namentlich Zahlungen zur Unterhaltung der Armen und Hilfsbedürftigen zu verstehen sind [81]).

3) Bei Forderungen von nothwendigen Lebensbedürfnissen (Getreid und Oel), um damit in Zeiten der Noth das Volk zu versehen [82]).

4) Bei Forderungen zur Ausrüstung und Verproviantirung des Heeres bei einem Feldzuge [83]).

---

79) Krug: die Lehre von der Kompensation. §. 72.

80) „Qui“ ist eine fehlerhafte Lesart. Krug: a. a. O. Note 439.

81) L. 3. Cod. de compens. (4. 31.): „neque alimentorum.“ Vgl. auch L. 122. pr. Dig. de legat. I. (30.): „Quod in alimenta infirmae aetatis (puta senioribus, vel pueris, puellisque) relictum fuerit, ad honorem civitatis pertinere respondetur.“

82) L. 46. §. 5. Dig. de jure fisci. (49. 14.): „quod ex causa anonaria debetur.“ L. 3. Cod. cit. „frumenti vel olei publici.“

83) L. 20. Dig. de compens. (16. 2.): „Ob negotium copiarum, expeditionis tempore mandatum, curatorem condemnatum pecuniam jure compensationis retinere non placuit, quoniam ea non compensatur.“ Vgl. Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. XV. §. 932.

5) Bei Forderungen von Stipendien und Fideikommissen [84]).

6) Bei Forderungen von direkten und indirekten Steuern [85]). Die Gesetze geben hier noch einen besondern Grund an die Hand; sie nehmen an, daß bei Steuerklagen nicht der Pflichtige, sondern die besteuerte Sache beklagt sei [86]); Jener kann daher weder kompensiren noch widerklagen, weil er nicht beklagt ist, die Sache aber nicht, weil sie keine Persönlichkeit hat.

7) Bei Forderung des Preises einer vom Fiskus (als Eigenthümer) verkauften Sache [87]).

8) Bei Forderungen von Darlehen [88]).

9) Bei Klagen einer besondern fiskalischen Behörde kann man nicht kompensiren, was man an eine andere (wenn auch ebenfalls fiskalische) Behörde zu fordern hat [89]).

---

84) L. 46. §. 5. Dig. de jure fisci. (49. 14.): „excepta causa stipendiorum.“ L. 3. Cod. cit.: neque fideicommissi.“

85) L. 46. Dig. cit. „excepta causa tributoria.“ L. 3. Cod. cit. „neque ex vectigalibus — neque tributum.“

86) L. 7. pr. Dig. de publican. et vectig. (39. 4.): „Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri.“ L. 3. Cod. de anon. et tribut. (10. 16.): „Indictiones non personis, sed rebus indici solent.“ Vgl. oben §. 28.

87) L. 46. Dig. cit.: „pretio rei a fisco emptae.“ L. 7. Cod. de compens. (4. 31.): „Adversus fiscum enim solummodo emptores petitioni pretii compensationem objicere prohibentur.“

88) L. 3. Cod. cit.: „neque ex Kalendarario.“ Brissonius de verb. signif. voce „calendarium.“ Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. XV. §. 932.

89) L. 1. Cod. de compens. (4. 31.): „Et Senatus censuit, et saepe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quae petit. Atque hoc juris propter confusionem diversorum

Es fragt sich hier, ob man einer einzelnen Kasse, was die Hauptkasse, und der Hauptkasse, was eine derselben untergebene Spezialkasse schuldet, anrechnen könne? Das Erste dürfte, nach Gleichheit des Grundes, zu verneinen, das Zweite zu bejahen sein, weil es hier keine Unordnung verursacht, wenn die Spezialkasse dasjenige, was sie dem Gläubiger unmittelbar zahlen sollte, an die Hauptkasse zahlt, an welche ohnehin alle Einnahmen und Ausgaben zu verrechnen sind [90]).

Die Praxis hat diese Ausnahmen auch auf die Forderungen der Kirche, frommer Stiftungen und der Gemeinden ausgedehnt [91]).

Unter der Voraussetzung, daß der Beklagte generisch gleiche und fungible Sachen zu fordern hat, findet hier überall eine Widerklage so wenig Statt, als eine Kompensation (Nr. VII.); bei andern Gegenforderungen aber halten wir die Widerklage, nach den angegebenen Grundsätzen (a. a. O.), für zuläßig.

Daß die Gegenforderung liquid oder sogleich liquidirbar sein müsse, wird nicht behauptet werden können, weil die in LL. 45. 46. §. 4. Dig. de jure fisci (49. 14.) vorkommende Beweis- und Zahlungsfrist nur auf die Kompensation eine singuläre Beziehung hat, und überhaupt in unserem heutigen Prozesse nicht gilt.

---

judiciorum tenaciter servandum est. Siquid autem tibi ex ea statione, cujus mentionem fecisti, deberi constiterit, quam primum recipies." Ueber das Wort „statio" vgl. L. 19. Cod. Theod. de suscept. (12. 6.) L. 1. Cod. ne fiscus rem, quam vend. evinc. (10. 5.) Basilicor. lib. XXIV. tit. 10. cap. 25. Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. XV. §. 932. Note 8.

90) Pufendorf observ. juris univ. tom. III. obs LXXIX. Gottschalk selecta disceptationum forensium capita. (Dresdae 1816—1830). tom. II. cap. XII. Glück: a. a. O. §. 932. Krug: die Lehre von der Kompensation. §. 73.

91) Krug a. a. O. §. 74.

§. 38.

Die Quantität des Widerklage-Gegenstandes bietet verschiedene interessante Seiten der Betrachtung dar, welche man bisher mißkannt oder nicht gehörig unterschieden hat.

Es ist ein grober Irrthum, wenn man sich der Meinung hingibt, der Gegenstand der Widerklage müsse immer quantitativ mächtiger oder größer sein, als der Gegenstand der Hauptklage, und über das Niveau des letzteren hinaufgehen. Gerade umgekehrt stellen wir den Grundsatz auf, daß die Widerklage an eine relative Quantität nicht gebunden ist, weil jene gegen die Klage-Quantität nicht in quantitativen Anschlag kömmt und berechnet wird (§. 34. Note 2.). Bei der Erprobung dieses allgemeinen Grundsatzes müssen wir theils auf die Qualität der beiderseitigen Forderungen, theils auf die Vernehmlassung des Beklagten über die Hauptklage Rücksicht nehmen.

Bei generischen gleichen und nicht fungiblen Sachen (species, individuellen Naturalforderungen) — mögen beide Parteien solche in Anspruch genommen, oder mag die eine Partei ein genus und bloß die andere eine species begehrt haben — tritt immer der obige Fall ein, daß sie nicht gegen einander quantitativ angeschlagen werden können, sondern daß jede unabhängig von der andern und individuell dasteht, und ohne materielle Vermischung und Zersetzung geleistet werden soll, ohne daß es darauf ankömmt, wie der Beklagte die Klage beantwortet hat. Dieß ergibt sich aus dem Begriffe der Nichtfungibilität, indem gerade Dasjenige nicht fungibel ist, was von dem Andern nicht abgerechnet werden kann, und eben so aus der Natur einer gegenseitigen Berechnung, weil diese, nach den Lehrsätzen der Mathematik, gleichartige Größen voraussetzt. Die Quantität ist hier auf die Zuläßigkeit der Widerklage von gar keinem Einfluße. Der Gegenstand der letzteren kann also von jeder Größe sein, dem Gegenstande der Hauptklage quantitativ gleich, oder größer, oder kleiner, in unzähligen Gradationen. Wenn z. B. der Hauptkläger eine Bibliothek im Werthe von 2000 fl. be-

gehrt, kann der Hauptbeklagte auf einen Garten von gleichem Werthe, oder auf einen Schmuck zu 10,000 fl., oder auf ein Pferd zu 300 fl., oder auf eine Geldleistung von 200, oder 5,000, oder 50 fl. widerklagen, und eben so wenn der Hauptkläger eine Geldforderung von 600 fl. gemacht hat, ist eine Widerklage auf eine species im gleichen, höheren oder geringeren Werthe zuläßig. Nur wenn eine aestimatio (§. 4. Note 23.) zu Handen genommen wird, und sofort die Naturalforderungen in Geldforderungen sich verwandeln, die vorzugsweise fungibel sind [1]), scheint sich die Sache anders zu verhalten, weil dann auf beiden Seiten generisch gleiche und fungible Ansprüche existiren, und demgemäß die Grundsätze über letztere zur Anwendung kommen müssen [2]). Diese sind auch anzuwenden, wenn Sachen, welche in der Regel nicht vertretbar sind, nicht individuell, sondern in genere gefordert, und also vertretbar werden [3]).

Bei generisch gleichen und fungiblen Sachen hat es allerdings den Anschein, daß der Anspruch des Widerklägers auf ein über die Quantität der Hauptklage hin-

---

1) L. 1. pr. Dig. de contrah. emt. (18. 1.)

2) Die aestimatio muß immer sogleich Anfangs gefordert werden. Ist der Prozeß über die spezielle Naturalforderung einmal rechtshängig, so darf die Partei nachher keine aestimatio mehr substituiren, weil dieß eine unerlaubte Klageänderung wäre. Gönner: Handb. d. Proz. Bd. I. Nr. XX. S. 431. u. 432. Zu einer späteren aestimatio kann man nur durch Fallenlassen des bisherigen Prozesses und Anhebung eines neuen gelangen. — Bei alternativen Gesuchen (Naturalleistung oder Geld) sind bei jeder einzelnen Alternative die ihr entsprechenden Regeln zu beobachten, bei jener die Regeln für die species, bei dieser die für das genus.

3) Seuffert: Lehrb. d. prakt. Pandektenrechts. Bd. I. §. 60. — Wenn der Beklagte ein unumwundenes Geständniß abgelegt hat, kann von der Quantität der Widerklage keine Rede sein, weil dann letztere gar nicht Statt findet (§. 37. Nr. II.)

ausgehendes Mehreres und Größeres gerichtet sein müsse. Einige Stellen in den Gesetzen [4]) und die Grundsätze des Civilprozesses lassen sich hierauf beziehen. Denn hat der Beklagte gegen den Kläger nur eine gleich große oder eine kleinere Forderung zu realisiren, so ist nicht eine Widerklage, sondern nur eine Einrede, und zwar namentlich die Einrede der Kompensation, indizirt. Hier will der Beklagte von dem Gegner nichts erlangen, und er begehrt nicht eine Verurtheilung desselben, er sucht sich nur von dem klägerischen Anspruche, ganz oder theilweise, zu befreien. Dieser Zweck wird durch Einreden und nur jener durch Klagen verfolgt [5]). Hat dagegen der Beklagte eine größere Forderung, und will er also noch Etwas herausgegeben haben, dann ist die vollständige Rechtsverfolgung nur mittels einer Klage möglich, weil er mit bloßen Einreden keine Verurtheilung zum Geben, Leisten oder Thuen erlangen kann [6]). Er ist also nun in der Lage, nach Um-

---

4) L. 11. §. 1. Dig. de jurisdict. (2. 1.): „Sed et si mutuae sunt actiones, et alter minorem quantitatem, alter majorem petat.“ Vgl. Wernher, lectiss. commentat. ad Dig. p. I. lib. II. tit. 1. §. 23. Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 204. S. 229. Oben §. 7. Nr. I. L. 18. §. 4. Dig. commod. (13. 6.): „Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat — dicemus necessariam esse contrariam actionem.“ Vgl. oben §. 4. — L. 5. Cod. de compens. (4. 31): „Etiam si fideicommissum tibi ex ejus bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis; aequitas compensationis usurarum excludit computationem; petitio autem ejus, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur.“

5) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §§. 153. 161. Daß der Beklagte durch das Vorschützen einer Einrede, nach dem Grundsatze: „reus excipiendo fit actor,“ sich noch nicht in einen Widerkläger verwandle, geht aus dem oben §. 7. Nr. IV. Gesagten hervor.

6) Die Verordnung, daß die Verurtheilung des Widerbeklagten die Summe der Hauptklage und die Kosten nicht übersteigen

ständen und Belieben entweder abgesondert zu klagen, oder in dem Prozesse der gegnerischen Klage widerzuklagen.

Bei dieser Ansicht ist die Art, in welcher die Vernehmlassung des Beklagten auf die Hauptklage erfolgt, nicht berücksichtigt, und die Gegenforderung nur über Bausch und Bogen aufgefaßt, ohne die in ihr versteckte Kompensation und den über das Niveau der Hauptklage-Quantität hinaufsteigenden Ueberschuß zu unterscheiden. Forscht man indessen genauer nach, so gelangt man leicht zur Erkenntniß des Irrthums und zu einem Resultate, welches zwar bisher weder von der Wissenschaft noch von der Gesetzgebung gefunden worden ist, sich aber so entschieden auf die Rechtsgrundsätze und auf den Geist der positiven Institute stützt, daß man ihm die theoretische und praktische Giltigkeit kaum absprechen wird.

Bekanntlich kann sich der Beklagte durch Widerspruch und durch Einreden vertheidigen.

Bei einer rein negativen Einlassung — wenn der Beklagte die ganze Klagesumme widersprochen, und die ganze in der Klage behauptete Verbindlichkeit geleugnet hat — kann die Gegenforderung, welche der Wider-

---

solle, ist einer von den groben Verstößen des sächsischen Prozesses. Dieß heißt mit andern Worten: der Richter dürfe nur lossprechen, nie verurtheilen. Arg. L. 3. Dig. de re jud. (42. 1.) Biener systema process. judic. tom. II. §. 311. Kori: üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §§. 3. 6. Dunkel ist auch die Meinung Bayer's (Vorträge üb. d. gemeinen ordentl. Civilproz. S. 269.): „Es kann allerdings die nämliche Gegenforderung ad excipiendum und ad reconveniendum benützt werden, und zwar nicht bloß dann, wenn die Gegenforderung dem Betrage nach größer ist, als die Forderung des Klägers, sondern — wenigstens eventualiter — auch bei gleich großem Betrage." Die nassauer Prozeßordnung von 1822. §. 17. spricht gar von einem Gebrauche der Widerklage als Einrede! Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VI. Nr. I. S. 23. Die „reconventio exceptionis, quae fit per modum exceptionis," ist übrigens ein ziemlich alter, nunmehr absterbender Unsinn (§. 3. Note 2.).

klage zum Grunde gelegt wird, von jeder beliebigen Quantität sein. Denn hier hat der Beklagte bereits die Klage-Quantität völlig aufzuheben und zu absorbiren gesucht, also keinen Rest übrig gelassen, gegen welchen er die Widerklage-Quantität in Verhältniß setzen könnte; diese ist also unabhängig und in ihrer ganzen Ausdehnung ein Ueberschuß, da der Widerspruch bereits bis zum Niveau der Hauptklage reicht. Hat z. B. der Kläger 12,000 fl. gefordert, und der Beklagte diese ganze Summe widersprochen, so darf dieser eine Widerklage auf andere 12,000, oder auf 20,000, oder auf 180 fl. anstellen.

Der nämliche Fall tritt aus gleichen Gründen ein, wenn der Beklagte eine die ganze Klage-Quantität seiner Intention nach vernichtende Einrede oder mehrere solche Einreden, welche einzeln oder zusammengenommen diese Wirkung haben sollen, vorgebracht, oder wenn er nur einen Theil der Klage-Quantität widersprochen, und den ganzen übrigen Theil durch Einreden aufzuheben gesucht hat. Denn das Resultat ist gleich, und es kömmt nicht auf die verschiedenen Mittel an. Setzen wir also, der Beklagte habe gegen die 12,000 fl. vorgebracht, das Geld sei gezahlt, oder er habe selbst 12,000 zu fordern, oder 8,000 habe ihm der Kläger geschenkt, und einen Posten von 4,000 schulde derselbe, oder 10,000 würden widersprochen, und auf 2,000 sei verzichtet, so kann ebenfalls, wie oben, auf 12,000 oder 20,000 oder 180 widergeklagt werden.

Der Irrthum liegt eigentlich dann nahe, wann die Klage-Quantität, durch Widerspruch oder Einreden, nur theilweise angegriffen ist; denn hier gewinnen die obigen Scheingründe den höchsten Grad ihrer Macht. Es scheint in der That, richtig zu sein, daß der Beklagte, wenn er die Hälfte der Klage-Quantität geleugnet, oder diese Hälfte bereits bezahlt zu haben behauptet hat, seine Widerklage auf Mehr, als auf die übrig bleibende andere Hälfte, stellen müsse, weil er bei einer nur diese erreichenden oder unter sie herabsinkenden Gegenforderung lediglich mit Einreden zu Felde ziehen könne. So hingestellt ist aber der

Satz falsch. Wir geben zwar zu, daß die Gegenforderung größer sein müsse, behaupten aber, daß sie nicht ganz in das Gebiet der Widerklage fällt, daß also Gegenforderung und Widerklage-Quantität unter einander verschieden sind, und letztere, als ein Theil der ersteren, der Hauptklage-Quantität gleich stehen, und eben sowohl kleiner, als größer sein kann.

In unserem Falle ist immer die Gegenforderung formell getheilt, d. h. zugleich Gegenstand der Einrede der Kompensation und der Widerklage, und beide Rechtsbehelfe sind gehäuft und verbunden. — Bis zum quantitativen Betrage oder bis zum Niveau der Hauptklage-Quantität [7]) hat die Widerklage noch gar keinen Boden, bis dahin reicht die Kompensations-Einrede ausschließend; die Widerklage reiht sich erst an, und ergreift die Gegenforderung oberhalb des Niveau's, wo die Einrede aufgehört hat, und umfaßt lediglich den Ueberschuß, der von jeder Größe sein kann. Z. B. wenn der Kläger 1,000 fl. fordert, und der Beklagte vorbringt, er widerspreche 100, oder er habe 100 gezahlt, und er stelle eine Widerklage auf 950, so setzt er eigentlich in Beziehung auf 900, mit welchen nun die 1,000 nivellirt werden, die Einrede der Kompensation entgegen, und hat genau den mit ihr verbundenen Zweck, sich von der Klage loszumachen, den Ueberschuß dagegen zu 50, aber auch nur diesen, fordert er widerklagend ein, und begehrt rücksichtlich desselben die Realisirung der in jeder Klage enthaltenen Tendenz auf Verurtheilung der andern Partei. Mag auch immerhin der Beklagte von der Kompensation gänzlich geschwiegen, und den ganzen Betrag mit der Widerklage umfaßt, oder die 950 fl. begehrt haben, ohne anzugeben, ob er excipire oder widerklage, dieß stürzt die Theorie nicht um, und über der Einfachheit der äußern Handlung, die hier vorgeht, darf man das Zusam-

---

7) Mit dem gesetzlichen Ausdruck: „quoad concurrentes quantitates.“ Vgl. L. 11. Dig. de compens. (16. 2.) L. 4. Cod. ibid. (4. 31.)

mengesetzte der juristischen Handlung nicht übersehen[8]). Der Beklagte will doch offenbar die 900 kompensiren, und nur 50 gezahlt haben; er hat eigentlich sagen wollen und sollen: „Der Kläger fordert 1,000; 100 widerspreche ich; (oder: 100 sind gezahlt); 900 hat er zwar zu fordern; allein ich bin nicht verbunden zu zahlen, weil ich ebenfalls 900 zu fordern habe, so daß die eine Forderung gegen die andere sich hebt; ich setze also die Einrede der Kompensation entgegen[9]), und bitte, mich von der Klage definitiv zu entbinden; — nebstdem setze ich eine Widerklage entgegen; denn meine Forderung beträgt in Ganzen 950, also 50 mehr, als die klägerische; ich bitte sofort noch weiter (amplius, Note 4), den Kläger zur Zahlung dieses Ueberschusses zu verurtheilen" [10]). So lautet freilich die Sprache in den Protokollen und Advokatenschriften beinahe nie, allein dieß ist ihr Kern. Dieses durch die Natur der Sache und des eingeleiteten Prozesses bestimmte Doppelverhältniß der Parteirolle in Ansehung der Gegenforderung kann der Beklagte selbst mit seinem ausdrücklichen Willen giltiger Weise nicht beliebig entstellen; er kann sich auf einem Felde, wo er bloß ein mit einer Einrede versehener Beklagter ist, nicht zum Widerkläger machen, und umgekehrt. So weit der Beklagte durch eine Gegenforderung nur eine Befreiung von den klägerischen Ansprüchen begehrt, so weit ist er an die Einrede der Kompensation angewiesen, und von der Widerklage ausgeschlossen; er darf die Kompensationssumme

---

8) Arg. L. 3. §. 12. Dig. de donat. inter vir. et uxor. (24. 1.): — „celeritate conjugendarum inter se actionum unam actionem occultari."

9) Da hier der Beklagte exzipirt, können die 900, nach dem Grundsatze: qui excipit, non fatetur, in keinem Falle als zugestanden gelten.

10) Die continentia causae wird durch diese bloß formelle Trennung der Forderung nicht zerrissen, weil diese ganz in dem nämlichen judicium bleibt. S. unten §. 39. Note 1.

eben so wenig in die Widerklage ziehen, als den Ueberschuß in die Kompensation [11]); der Richter sollte wenigstens eine solche Vermengung nicht anerkennen und sanktioniren, sie also entweder abweisen, oder das formell Unrichtige durch eine richtige Auffassung verbessern. — Nimmt man noch den römischen Grundsatz zur Hand, daß die Kompensation ipso jure eintritt [12]), d. h. daß in dem Augenblick, da gegenseitige kompensirbare Forderungen zu existiren anfangen, sie von selbst durch Kraft des Gesetzes erlöschen, ohne daß hierzu eine besondere Vereinbarung oder Erklärung der Parteien, oder eine Verfügung des Richters nöthig ist [13]); so unterstützt er unsere Meinung, weil nach demselben die Gegenforderung bis zu dem Ueberschuß bereits vor der Litiskontestation ihre Wirkung gethan hat, und daher nicht noch ein Mal mit der Widerklage eingeführt werden darf. Sobald in unserem Beispiele der Eine 950 fl. zu fordern hat, und sobald er noch überdieß, nebst dem Widerspruch von 100 fl., das Begehren, die Forderung zu realisiren, ausgesprochen hat, sobald sind die gegnerischen 1000 durch die 100 und 900 absorbirt, und nur 50 sind noch für die Widerklage übrig [14]). Der angeführte

---

11) Im §. 30. Instit. de action. (4. 6.), welche Stelle mit Gaji comment. lib. IV. §. 61. zusammenhängt, ist der Kompensationsposten von der Verurtheilung in den Ueberschuß gesondert, und Ulpian unterscheidet in der L. 12. §. 3. Dig. ratam rem hab. (46. 8.) compensatione uti und petere.

12) LL. 4. 21. Dig. de compens. (16. 2.) L. 4. Cod. ibid. (4. 31.)

13) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. XV. §. 934.

14) Man möchte denken, durch die Konkurrenz der Forderung (1,000 — 1,000 = 0) sei die Hauptklage elidirt und beendigt, und eine Widerklage nicht mehr möglich, weil diese eine noch anhängige Hauptklage voraussetzt, die 50 müßten also mit einer Nachklage oder überhaupt mit einer gesonderten Klage gefordert werden. Dieß ist richtig bei einer sogleich liquiden Gegenforderung, bei

römische Grundsatz gilt indessen bei uns nicht mehr in seinem alten Umfange. Also kurz: will der Beklagte, bei einer bloß theilweisen Anfechtung der klägerischen Forderung, eine über das Niveau der letzteren steigende Gegenforderung geltend machen, so kann er sie materiell ungetheilt in eodem judicio verfolgen, er kann sie aber weder in eine Einrede, noch in eine Widerklage ganz zusammenfassen, weil jene nicht über und diese nicht unter dem Niveau zuläßig ist, er muß sie also formell scheiden, und sich der Einrede der Kompensation und der Widerklage zugleich bedienen, jener bis zum Niveau der Hauptklagesumme, dieser für den Ueberschuß, oder ein solches Verfahren muß doch wenigstens vom Richter angenommen werden. Hieraus sieht man wieder deutlich, daß die Widerklage durchaus rein offensiv ist, indem sie sich von der Sphäre der Vertheidigung ausschließt, und daß der defensive Charakter, welchen man ihr zugethan hat, nur der mit ihr verbundenen und bisweilen bis zur Unkenntlichkeit verschleierten Einrede angehört [15]). — Erwägt man diese Prämissen, so ist es klar, daß auch in unserem letzten Fall (und folglich immer), sobald man nur den Kompensationsposten gehörig ausscheidet, die Widerklage-Quantität nicht größer sein muß, sondern auch kleiner und gleich sein kann. In dem angegebenen Beispiel geht die Widerklage nur auf 500, sie

---

einer sogleich liquiden Gegenforderung, bei einer illiquiden dagegen geht der Prozeß über den Klage- und Kompensationsposten weiter fort, eine Widerklage auf die 50 ist also wohl möglich, und wenn nachher der Kompensationsposten liquid geworden ist, so wird die Wirkung der Kompensation auf die Zeit der Entstehung und Existenz der Forderung rückwärts bezogen. Glück a. a. O. Höpfner: Komment. üb. d. Institut. §. 930. Note 2.

15) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 161. Note 11. W. H. Puchta: d. Dienst d. teutschen Justizämter. Th. II. §§. 159. 170.

könnte aber auch auf 1,000 oder 900 oder 8,000 gehen. Nur die Kompensations- und Widerklagesumme zusammengerechnet (die ganze Gegenforderung) müssen die Quantität der Hauptklage übersteigen, weil ein in seiner Totalität kleinerer oder gleicher Posten bloß zur Kompensation geeignet ist. Die Vernachläßigung dieser Unterscheidung in formeller Hinsicht ist die Klippe, an welcher bisher die Juristen gescheitert sind.

§. 39.

Mit dem Gesagten ist eigentlich die ganze Materie von der Quantität erschöpft. Weil indessen hier die Lehre von der nothwendigen Verbindung der Kompensationseinrede mit der Widerklage bei generisch gleichen und fungiblen Sachen erörtert worden ist, so scheint es räthlich, diese Erörterung noch etwas fortzusetzen, und einige Anstände zu beseitigen.

Diese Einrede kann der Beklagte von der Widerklage selbst dadurch nicht trennen, daß er jene ganz unterläßt, und diese allein auf den Ueberschuß anstellt. Denn, wie schon oben (§. 37. Nr. VII.) ersichtlich ist, so lange die klägerische Forderung durch eine sie erreichende Kompensation nicht aufgewogen ist, und die Gegenforderung bis zum Niveau der Klage außer Acht bleibt, so lange ist ein Ueberschuß nicht vorhanden, sondern die Gegenforderung steht unter dem Niveau, die Widerklage ist also nicht geboren. Hätte in dem obigen Falle der Beklagte von seinen 900 fl. gar nicht gesprochen, und allein auf 50 fl. eine Widerklage angestellt, so müßte sie abgewiesen werden, weil nun die ganze Forderung weniger, als die Hauptklage, umfaßt, deßhalb, gegen den Charakter einer Klage, nur eine theilweise Befreiung von den gegnerischen Ansprüchen bezweckt (keine Verurtheilung), und also der Beklagte die Einrede der Kompensation hätte vorschützen sollen. Nebstdem ist es schon im römischen Rechte verboten, auf diese Art die continentia causae zu zerreißen, und nur ein Bruchstück

derselben in das judicium zu ziehen [1]), und wenn man sich an dieses Verbot hält, wird es sogar umgekehrt dem Beklagten nicht erlaubt sein, 900 fl. zu kompensiren, und den Rest zu 50 fl. sich zur Austragung mittels einer getrennten Klage vorzubehalten, vorausgesetzt nur, daß die Forderung von 950 fl. eine einzige, auf dem nämlichen Titel beruhende, ein continuum ist.

Es gibt besonders zwei Rechtsbehelfe, welche bisweilen bei der Widerklage die Stelle der Kompensations-Einrede einzunehmen scheinen; die exceptio plus petitionis re und die exceptio doli. Wäre dieses richtig, so hätten wir hier zwei Ausnahmen von der angegebenen regelmäßigen Verbindung jener Einrede mit der Widerklage vor uns. Die Sache verhält sich aber anders.

Wenn der Beklagte und Widerkläger den Kläger einer Zuvielforderung aus einem Grunde beschuldigt, der nicht von seiner Gegenforderung hergenommen ist, z. B. wenn er sagt, der Gegner fordere 8,000 fl., da doch der Schuldschein nur auf 6,000 fl. laute, oder er begehre bedungene Zinsen, da doch die Forderung unverzinslich sei; so leugnet er bloß einen Theil der klägerischen Ansprüche, und was man hier exceptio plus petitionis nennt, ist nur eine negative Einlassung. Hat nun der Beklagte eine Gegenforderung von 10,000 fl. gemacht, so steht der Prozeß so, daß er 2,000 widersprochen, 6,000 fl. nicht geleugnet, und bis zu diesem Betrage kompensirt, und auf 4,000 fl. widergeklagt hat. Die Widerklage ist also hier wieder von der Einrede der Kompensation begleitet.

Anders ist es, wenn der Beklagte die exceptio plus petitionis vorschützt aus dem Grunde einer ihm angeblich zustehenden Gegenforderung, z. B. wenn er sagt: du hast 8,000 fl. eingeklagt, ich schulde nur 6,000, aber 2,000 sind

---

1) Gaji comment. lib. IV. §. 56. L. 3. Cod. Theod. de judiciis. (2. 18.) LL. 10. 12. Cod. de judiciis. (3. 1.)

zu viel gefordert, weil du mir eben so viel selbst schuldig bist. Hier hat der Beklagte nicht, wie im ersten Fall, geleugnet, sondern seine ganze Gegenforderung mit einer Einrede geltend zu machen gesucht, denn er hat behauptet, daß die Forderung des Klägers durch die Thatsache einer Gegenforderung bis auf 6,000 fl. herunterſinke. Streng rechtlich genommen ist eine Zuvielforderung nicht vorhanden; denn der Kläger hat eigentlich nicht zu viel begehrt, wenn die Schuldurkunde auf 8,000 lautet, er kann seine Forderung allein ausklagen, ohne die Gegenforderung einzumischen, und die Verfolgung der letzteren dem Interessenten stillschweigend anheimstellen, ohne sie ihm in den Mund und in die Hand zu legen [2]); der Beklagte hat auch nicht den Rechtsbestand der Klagesumme direkt angegriffen, vielmehr zugegeben, daß er noch 8,000 schulde, er will nur eine kleinere Summe dagegen berechnen und abziehen, „quia interest, potius non solvere, quam solutum repetere“ [3]). Allein die positiven Gesetze folgen hier nicht dem strengen Rechte, sondern der Billigkeit. Demnach erkennen sie einen dolus, wenn man Etwas einklagt, was man wegen gegnerischer Ansprüche wieder herausgeben müßte [4]), ja sie uehmen sogar nach dem Grundsatze: compensatio fit ipso jure (§. 38. Note 12) vor der Protestation des Beklagten den Klageposten bereits als vermindert an. Die Einklagung einer Forderung, an welcher die Gegenforderung nicht abgerechnet wurde, ist also doch gesetzwidrig [5]), der Kläger hat sich in unserem Beispiele

---

2) Gaji comment. lib. IV. §. 116. — Pr. Inst. de except. (4. 13.) Martin: Lehrb. d. Proz. §. 39.

3) L. 3. Dig. de compens. (16. 2.)

4) L. 4. Dig. ibid. L. 8. Dig. de doli mali et met. except. (44. 4.) L. 173. §. 3. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 59. de reg. jur. in VI. — Oben §. 37. Note 60.

5) Gaji comment. lib. IV. §§. 53. 54. 57 — 68. Pauli recept. sent. lib. I. tit. 10. §§. 33 — 35. Instit. de

nach den Quellen einer Zuvielforderung schuldig gemacht, und der Beklagte kann die exceptio plus petitionis gebrauchen. Allein diese exceptio, substanzirt durch einen Kompensationsposten, ist bei dem Lichte besehen nichts Anderes, als die Einrede der Kompensation selbst. In unserem Beispiele kömmt diese Einrede ohne Widerklage vor, weil die Gegenforderung die kleinere ist; würde aber letztere in 10,000 fl. bestehen, so wäre die Widerklage indizirt, und wieder mit der Einrede der Kompensation gehäuft. Von einer exceptio plus petitionis auch nur zu sprechen, wäre hier, wo der Beklagte den Gesammtbetrag der klägerischen Prätensionen absorbiren, und noch Etwas herausgegeben haben will, vollends unschicklich, denn bei dem Vorwurfe einer Zuvielforderung erkennt man doch wenigstens einen Theil der Forderung als gegründet an, und man behauptet bloß einen Exzeß [6]).

Auf gleiche Weise verhält es sich mit der exceptio doli, welche, sobald sie auf eine Gegenforderung gegründet wird, mit der Einrede der Kompensation identisch ist, und in derselben ihre Wurzel hat [7]).

§. 40.

Unser Satz: daß der Theil einer Gegenforderung, welcher noch nicht über dem Niveau der Hauptklage-Quan-

---

action. (4. 6.) §. 10. Inst. de except. (4. 13.) L. 10. pr. Dig. de compens. (16. 2.) L. 4. Cod. eod. (4. 31.) Tit. Cod. de plus petit. (10. 3.) Tit. X. de plus petit. (2. 11.) Hasse im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VII. Nr. IX. S. 158.

6) Gaji comment. lib. IV. §. 57: „Plus quam oportet.“ §. 33. Inst. de action. (4. 6.): „Plus quam ad eum pertineat.“ L. 2. §. 2. Cod. de plus petit. (3. 10.): „Majorem quantitatem, quam debetur.“ L. 3. ibid.: „Si quis certa quantitate sibimet debita, super ampliore pecunia cautionem exegerit.“

7) §. 30. Inst. de action. (4. 6.): „Opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.“

tität steht, nicht in die Widerklage gezogen werden dürfe, bleibt auch dann stehen, wenn die Einrede der Kompensation, zu welcher jener Theil eigentlich gehören würde, unzuläßig ist, ja die Unzuläßigkeit der Kompensation führt, bei generisch gleichen und fungiblen Sachen, sogar die Unzuläßigkeit der Widerklage mit sich und versetzt den Berechtigten in die Nothwendigkeit, seine Gegenforderung gesondert (in alio judicio) auszutragen.

Wir wollen hier, ohne die gegentheilige Ansicht aufzugeben, bloß der Exemplifizirung wegen, mit Cujacius [1]) annehmen, einer liquiden Klage gegenüber sei die illiquide Einrede der Kompensation unstatthaft (§. 37. Nr. II.). Darf nun deßwegen der Beklagte, welcher eine, die liquide Hauptklage-Quantität übersteigende, illiquide Gegenforderung hat, nicht die ganze Summe in die Widerklage aufnehmen, da er doch (wie man glauben möchte) ein Mittel zur Geltendmachung aller Theile derselben in eodem judicio haben muß, und da bei dem Cessiren der Einrede nur die Widerklage das zum Ziele führende Mittel sein kann? Wir sind der Meinung, daß er nicht dürfe. Denn eines Theils ist die Voraussetzung falsch, daß der Beklagte um jeden Preis zur vollständigen Geltendmachung gerade in eodem judicio von Rechtswegen ein Mittel haben müsse; dem Rechtsprinzip ist vielmehr schon Genüge geleistet, und es ist sogar dem strengen Rechte am angemessensten (§. 3. S. 9.), wenn er in alio judicio an einer gesonderten Klage ein solches Mittel hat; davon sind auch schon oben (§. 37. Nr. VII.) Beispiele vorgekommen. Andern Theils ist das Mittel, welches jene falsche Voraussetzung realisiren soll, ebenfalls falsch, weil es ein für alle Mal der Natur der Klagen (deren jede, sie mag so oder anders formirt sein, auf eine Verurtheilung des Gegners zu einer Leistung gerichtet sein muß) durchaus widerstreitet, daß sie, ganz oder theilweise, zur Vertheidigung (wie Einreden) ange-

---

1) Observ. lib. VIII. cap. 16.

wendet werden, und weil auch die Widerklage hiervon keine Ausnahme macht (§. 2. am Ende, §. 9. Nr. VI.) — Gesetzt, A. hätte gegen B. eine liquide Klage auf 100 erhoben, B. hätte eine illiquide Gegenforderung von 300, und dürfte wegen der Illiquidität den Drittheil zu 100 nicht kompensiren, sollte er nun berechtigt sein, auf die vollen 300 widerzuklagen? Nein. Da würden ja doch wieder die 100 der Wirkung nach kompensirt, weil sie A. nicht leisten, sondern nur die übrigen 200 zahlen soll, die Einrede der Kompensation würde also von der Widerklage unter den Mantel genommen und in fraudem legis eingeführt werden, was dem Verbote der Kompensation seine Kraft nehmen würde und nicht geduldet werden kann [2]) — Es ist aber hier die Widerklage nicht nur bezüglich des der Hauptklage-Quantität quantitativ gleichen Theils, sondern auch in Beziehung auf den Ueberschuß und also durchaus unzuläßig. Denn die Hauptklage-Quantität müßte doch erst aufgewogen sein, ehe die Widerklage an die Reihe kommen kann; nun ist aber die Aufwiegung unmöglich, weil das Mittel dazu, die Kompensation wegfällt; die Widerklage kann also gar nie an die Reihe kommen, wie wir oben (§. 37. Nr. VII.) bei dem Depositum gezeigt haben. Folglich bleibt dem Beklagten Nichts übrig, als seine Gegenforderung durch eine gesonderte Klage in einem neuen Prozesse auszutragen, und zwar, wenn er bereits in dem ersten Prozesse zahlen mußte, durch die condictio indebiti [3]). Da steht nun auch die L. 15. Dig. de except. rei jud. (44. 2.) nicht im Wege, wo Gajus sagt: „Si inter me et te controversia de hereditate sit, et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego, nihil vetat, et me a te, et invicem te a me hereditatem petere; quod-

---

2) LL. 29. 30. Dig. de legib. (1. 3.) L. 3. §. 3. Dig. de SC. Maced. (14. 6.) L. 29. §. 1. Dig. ad SC. Vellej. (16. 1.)

3) Arg. L. 10. §. 1. Dig. de compens. (16. 2.)

si post rem judicatam a me petere coeperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra; si meam esse, nocebit tibi rei judicatae exceptio, quia eo ipso, quo meam esse pronunciatum est, ex diverso pronunciatum videtur, tuam non esse; si vero meam non esse, nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua.“ Der Jurist hat einen Fall vor sich, wo das Urtheil, zu Gunsten des Klägers, den Ausspruch involvirt, daß dem Beklagten der Streitgegenstand nicht gehöre, darum steht bei einer spätern Klage desselben die exceptio rei judicatae entgegen. Damit verträgt es sich aber recht gut, daß der Beklagte einen andern, von der res judicata gar nicht berührten Gegenstand, dessen Kompensation nicht gestattet wurde, nachher einklagt [4]).

Umgekehrt darf der Ueberschuß nicht zu der Kompensations- oder einer andern Einrede geschlagen werden, wenn es verboten ist, zu klagen, und den Interessenten bloß Einreden erlaubt sind. In einem solchen Falle ist höchstens die Partei durch die Prohibitivgesetze hinsichtlich des Ueberschusses auf die bloße Retention berechtigt. Die Gründe sind den vorigen ganz analog. Wie eine Klage nicht als Vertheidigungsmittel benützt werden kann, so rechtlich unmöglich ist es auch, daß eine Einrede zum Angriffe gebraucht, und daß die Bitte um Verurtheilung des Gegners in sie hineingelegt wird. Eine solche Einrede wäre eine verschleierte Klage, ein Unding, dem man den Eingang in die Gerichte nicht gestatten darf, am wenigsten dann, wenn das Klagerecht fehlt.

In dem römischen Rechte findet sich ein hierher gehöriges Beispiel bei den Verwendungen auf eine gemeinschaft-

---

4) Hasse im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VII. Nr. IX. S. 161. Vgl. noch L. 8. §. 2. Dig. de negot. gest. (3. 1.) L. 18. §. 4. Dig. commod. (13. 6.) Oben §. 4. L. 17. §. 1. Dig. de compens. (16. 2.) — (auch von Gajus). L. 1. §. 4. Dig. contr. tut. (27. 4.).

liche oder fremde Sache. Wenn bei einer gemeinschaftlichen Sache ein Theilhaber Verwendungen auf dieselbe gemacht hat, in dem erweislichen Glauben, sie sei ihm allein eigen, so soll er, nach der herrschenden Lehre, keine Klage auf die Verwendungen haben, sondern nur die exceptio doli [5]) und das Retentionsrecht [6]), weil er nur sein Beßtes besorgen, und Niemanden verbindlich machen wollte. Eben so wenn Jemand auf eine fremde Sache Verwendungen gemacht hat, in dem irrigen Glauben, sie sei seine eigene [7]). z. B. Cajus hat auf das Haus des Titius, welches er für das seinige hielt, und das nur 16,000 fl. werth war, durch Aufsetzung eines neuen Stockes und Daches, große Erweiterung des Kellers, Errichtung von Nebengebäuden in dem dazu gehörigen Hofe, Luftheitzung, Erneuerung der Treppen und Fußböden, kostbare Tapeten, Malereien an den Decken, Oefen von chinesischem Porzellan, Einrichtung von Bädern u. dgl. 20,000 fl. verwendet. Wenn nun Titius auf Herausgabe des Hauses klagt, so kann sich Cajus einer Einrede nur bis zum Betrage von 16,000 bedienen, und bis zur

---

5) Der Wirkung nach löst sich diese in die exceptio compensationis auf.

6) L. 14. pr. et §. 1. L. 29. Dig. comm. divid. (10. 3.)

7) L. 48. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 33. Dig. de condict. indeb. (12. 6.) L. 14. Dig. de doli mali except. (44. 4.) Nebstdem wird durch eine Reihe von Gesetzen die Klage zwar nicht ausdrücklich untersagt, aber die exceptio und retentio werden doch als die zustehenden Rechtsbehelfe genannt. §§. 30 32. 33. Inst. de rer. divis. (2. 1.) LL. 37. 38. Dig. de hered. pet. (5. 3.) LL. 37. 38. Dig. de rei vind. (6. 1.) L. 45. §. 1. L. 27. §. 5. L. 65. Dig. de act. emti vend. (19. 1.) LL. 5. 11. Cod. de rei vind. (3. 32.) L. 16. in f. Cod. de praed. et aliis reb. min. (5. 71.) Vgl. Sell: Versuche im Gebiete des Civilrechts. (Giessen, 1833 f.) Th. I. S. 129. f. Gesterding: Ausbeute v. Nachforsch. Th. III. Nr. VI. S. 189. Th. IV. Abth. II. Nr. IV. S. 210 f. Thibaut im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XVI. Nr. XIV. S. 407. Note 21.

Zahlung der vollen 20,000 das Haus retiniren, aber widerklagen auf den Ueberschuß von 4,000 darf er nicht, weil er kein Klagerecht hat, und eben so wenig darf er, aus den bereits bekannten Gründen, die 4,000 in die Einrede aufnehmen. — Freilich liegt hier in der Retention eine Widerklage verborgen, weil man doch erst fordern muß, ehe man retiniren kann, will man aber auch dieß nicht gelten lassen, und das Retentionsrecht nur hinsichtlich der Einredesumme gestatten, so ist die Partei in Beziehung auf den Ueberschuß ganz rechtlos. Dieß ist aber nur die Schuld und Folge des gesetzlichen Klageverbotes, nicht der Rechtslehrer, welche die Gesetze, wie sie sind, auffassen und zu Schlüssen benützen müssen [8]).

---

8) Ein Fall, der die Quantität betrifft, kömmt noch unten im §. 42 vor.

Vierter Abschnitt.

Von dem Prozesse oder Verfahren bei der Widerklage.

§. 41.

Die Widerklage wird wie jede andere Klage verhandelt, jedoch in dem Prozesse der Hauptklage und gleichzeitig mit derselben. Darin finden wir nun die letzte Identität: die des Prozesses, der Prozedur oder des Verfahrens (idem judicium), welche die Gleichzeitigkeit desselben (effectus simultanei processus) in sich begreift, weil schon der Begriff der Identität verletzt wäre, wenn Haupt- und Widerklage der Zeit nach getrennt, und die Prozeßakte der letzteren später erst nachfolgen würden.

Ungeachtet dieser Identität und Gleichzeitigkeit sind aber doch zwei Rechtsstreite (lites v. controversiae), Kollisionen oder Prozesse (das Wort in einem andern Sinne als dem des Verfahrens, materiell, nicht formell genommen) vorhanden; denn die Widerklage hat andere Bestandtheile, einen andern Kläger, einen andern Beklagten, als die Hauptklage, weil die Parteirollen sich umkehren (§. 15.), einen andern Gegenstand (§. 34.) und andere Gründe und Waffen, und der mit ihr zu verfolgende Anspruch könnte auch mit einer gesonderten Klage geltend gemacht werden. Dieß ist mehr als genug, um einzusehen, daß der durch die Widerklage hervorgerufene Rechtsstreit mit dem der

Hauptklage nicht identisch ist [1]). Die beiden Rechtsstreite aber werden in ein einziges und das nämliche gleichzeitige Verfahren verflochten. Man muß also wohl die Heterogenität des Streites und des Materiellen von der Identität des Verfahrens und des Formellen unterscheiden, wenn man auf Schärfe der Begriffsbestimmungen Anspruch machen will.

Die Identität des Prozesses ist auch verschieden von der Identität des Richters, die oben (§. 24.) behandelt ist, und auch bei solchen Klagen vorkommen kann, welche zu einander nicht in dem Verhältnisse von Haupt- und Widerklage stehen. Haben zwei Personen den nämlichen Wohnsitz, so haben sie auch, wenn sie wider einander successiv und abgesondert klagen, den nämlichen Richter, ohne daß Identität des Prozesses vorhanden ist [2]). Bei der Haupt- und Widerklage sind beide Identitäten (die des Richters und Prozesses) vereinigt, oder vielmehr die Identität des Richters ist ein Theil der Identität des Prozesses (§. 4. Note 11.).

Ohne Identität des Richters kann die Gleichzeitigkeit des Verfahrens auch bei getrennten Klagen vorhanden sein, wenn diese zufällig zu gleicher Zeit bei verschiedenen Richtern verhandelt werden. Gerade das Zusammentreffen beider Identitäten ist bei der Widerklage wesentlich (§. 2. S. 5.).

---

1) Vgl. oben §. 35. Note 13. S. 328. Wenn auch negotium den Gegenstand jeder der beiden Klagen bezeichnet (§. 34. S. 320.), so umfaßt es doch auch implicite den doppelten Rechtsstreit oder dissensus, welcher sich auf jeden Gegenstand bezieht, und in einem gemeinschaftlichen judicium beigelegt werden soll. Eine Stelle von Backe, in welcher von einem jus reconventionis in lite conventionis incluso gesprochen wird, ist im folg. §. mitgetheilt.

2) Nach dem Rechte der Stadt Kulm ist es geboten, daß, wenn zwei vor ihrem ordentlichen Richter streiten, der Beklagte keine Widerklage (in eodem judicio et coram eodem judice), sondern eine besondere Klage (in alio judicio separato coram eodem judice) anstellen soll (!). Jus Culmense ex ultima revisione (Dresden, 1767), Buch II. Tit. 7. Kap. 9.

Die Identität des Prozesses und die Gleichzeitigkeit desselben sind damit hinlänglich bezeichnet; indessen ist ihr Wesen mit den daraus fließenden Folgesätzen unsäglich mißkannt worden, und häufig bietet sich die Gelegenheit dar, solche Irrthümer nachzuweisen. In der Kürze sei hier bemerkt, daß vermöge des Prinzips der Identität über Haupt- und Widerklage nur ein einziger gemeinschaftlicher Prozeß geführt werden darf, und zwar, um es genau zu nehmen, in den nämlichen Akten [3]), und daß vermöge der Gleichzeitigkeit die Verhandlungen beider Klagen neben einander Zug für Zug gepflogen werden, und Hand in Hand gehen, und daß die Dekrete und Entscheidungen über beide, wo immer möglich, zugleich erfolgen müssen [4]).

Die Prämissen werden durch die positiven Gesetze bestätigt:

§. 30. Inst. de action. (4. 6.): „In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat: in quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum

---

3) Im sächsischen Prozesse, diesem steten Antagonisten durchgreifender und rein gehaltener Prinzipien, kommen getrennte Akten vor. Biener: systema process. tom. II. §. 312. Kori: üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 10. — Dadurch wird zwar nur eine formelle Trennung bewirkt, aber dennoch ist sie dem Prinzip der Identität entgegen, weil diese keine andere, als eine formelle ist. Die Akten sind die mit dem Sinne des Gesichtes wahrnehmbare Erscheinung des Prozesses auf dem Papier, und müssen hier die Identität ausprägen. Die beiden Klagen können nicht in eine vollkommene, von allen Seiten vollendete Verbindung kommen, wenn sie durch Theilung der Akten auseinander gezogen werden.

4) Ist eine Klage früher spruchreif, als die andere, so soll sie auch früher und allein entschieden werden. Damit verliert aber die übrig bleibende den relativen Charakter, die Hauptklage ist nicht mehr Hauptklage, die Widerklage nicht mehr Widerklage, sondern jede wird zu einer Klage schlechthin (§. 46.).

is, cum quo actum est, debeat condemnari“ (§. 4. S. 20.).

L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.): „Cujus in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio [5]) non dedignetur“ (§. 7. Nr. IV.) [6]).

Nov. 96. cap. 2.: „Sancimus igitur, si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra se conventionem exposuit, non apud alium judicem, sed apud eum mox a principio convenire, et eundem esse judicem in utroque negotio“ (§. 8. S. 73.).

Cap. 1. X. de mutuis petit. (2. 4.): — „Vicissim rationes partium audientes, concordia vel judicio utriusque negotium terminetis“ (§. 9. Nr. II.).

Cap. 2. ibid.: — „Reconvenienti debet in sua justitia respondere“ (§. 9. Nr. IV.)

Cap. 3. de rescript. in VI. (1. 3.): — „Reus quoque, si eodem durante judicio actorem sibi obnoxium dixerit, reconventionis beneficio — de jure suo debet apud eosdem (judices) experiri“ (§. 9. Nr. XI.).

Sachsenspiegel. Buch I. Art. 60. §. 3. „Svar die man recht vorderet, dar sal he rechtes plegen vnde helpen“ (§. 10. Nr. II.).

A. a. O. Buch III. Art. 79.: „Svar die man klaget, dar mut he antwerden, of man vp yne klaget“ (§. 10. Nr. V.).

Schwabenspiegel. Art. 89.: „Wir sprechen, wa

---

5) Darüber, daß hier negotium den Prozeß oder das judicium bedeute, vgl. den §. 34. S. 319 u. 320.

6) Die Identität des Prozesses und des Richters sind freilich in den Gesetzen oft verwechselt, man muß aber wissen, daß ihnen die hier deutlich gemachten Begriffe meistens nur unbestimmt und dunkel vorschwebten.

der man recht vordert do sol er auch recht nemen“ (§. 10. Nr. VI.)

Laienspiegel. Th. II. Tit. Vom widerrechten vnd gegenclagen: — „das bayde tail klagen mit einander geendet“ (§. 10. Nr. VII.).

Kammergerichts-Ordnung zu Regensburg von 1508: „Merck auch, wo der Beklagt den Kläger will in das Widerrecht verfassen, alsdann sollen die Termin vicissim, das ist einer umb den andern gehalten werden.“

U. s. w. (vgl. oben §§. 11. u. 12. die angeführten Stellen.)

§. 42.

Aus dem Verfahren, und namentlich aus der Identität und Gleichzeitigkeit des Prozesses wird es besonders klar, daß die Widerklage nur relativ, d. h. daß sie als solche durch die Rechtshängigkeit der Hauptklage bedingt und von ihr abhängig ist (§. 2.) Sie wird ihr nachgeboren, lebt mit ihr, und geht mit ihr unter, sie ist — wenn wir uns bildlich ausdrücken dürfen — glebae conventionis adscripta, und kann getrennt von ihr ihre Existenz weder begründen noch behaupten. Im Zustande der Isolirung kann nur eine gewöhnliche Klage aufkommen und bestehen. Diese Relation ergibt sich schon aus dem Begriffe der Widerklage (§. 2.), in welchem die Idee der Opposition vorherrscht (§. 1. Note 1.). Die Widerklage ist eine Klage, die einer andern Klage entgegengesetzt wird. Jede Opposition aber hat zwei Faktoren, einen agirenden und reagirenden, und sie ist nicht gegeben oder sie erlöscht, wenn nur ein Faktor existirt. Darum kann es nur der Hauptklage gegenüber eine Widerklage, und der Widerklage gegenüber eine Hauptklage geben.

Unter diesen beiden Klagen aber ist die Hauptklage die vorausgehende, die Widerklage die unmittelbar nachfolgende. Jene gibt die Initiative, und begründet den Gerichtsstand und Prozeß. Auch dieses Verhältniß der

Zeitfolge ergibt sich aus dem Begriffe (§. 2.). Eingedenk dessen nennen die Gesetze beinahe immer die Widerklage nach der Hauptklage, und drücken so die Succession schon durch den ordo scripturae [1]) aus, auf welchen die Glossatoren so viel hielten [2]). Richtig sagt Mühlenbruch [3]): „von der Widerklage kann nicht eher die Rede sein, als bis zwischen diesem Kläger und diesem Beklagten ein Prozeß wirklich entstanden ist, — mit andern Worten: der Beklagte hat nur durch die, gegen ihn erhobene, Klage ein Recht auf die Reconvention.“ — Und Backe [4]): „totum in ipsa lite versatur, et quasi inclusum est reconventionis jus. Nihil omnino habet juris, quod ad reconventionem spectet, ante litem motam is, cui invicem quid a creditore suo debetur.“ Darauf deuten endlich auch die Benennungen: die eine Klage heißt Hauptklage [5]), weil sie die Stammklage ist, oder Vorklage [6]) wegen ihrer primitiven Natur, die andere Klage aber nennt sich Wider- oder Gegenklage (reconventio), weil sie wider oder gegen eine bereits vorhandene Klage gesetzt wird, und könnte darum auch Nachklage heißen [7]), wenn dieses Wort nicht eine anderweitige Bedeutung hätte (§. 3.), und wenn die Succession nicht so unmittelbar wäre, daß zwischen dem Aufkommen beider Klagen beinahe kein

---

1) L. 6. Dig. de solut. (46. 3.) Gothofred ad loc. cit.

2) Hugolini dissens. DD. §. 67. in Haenel dissens. DD. pag. 306 seq.

3) Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 62. S. 611.

4) Interpret. jur. rom. cap. III. p. 84.

5) So bei Glück: Erläut. d. Pandekten. Th III. §. 204. Kori: über d. Exekutivproz. u. d. Widerklage §. 1. u. A.

6) Laienspiegel. Th. II. Tit. „Vom widerrechten vnd gegenclagen.“

7) Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. II. §. 313. hat diese Benennung wirklich gebraucht.

Zwischenraum ist; denn genau angesehen ist die Hauptklage vor erhobener Widerklage nur eine Klage schlechthin, und wird erst eine Hauptklage, wenn durch Erhebung der Widerklage die Opposition auftritt; weil aber die Hauptklage vorher als Klage schon existiren muß, und ihre nachher entstehende Relation zurückbezogen werden kann auf ihren Anfang, sehen wir sie als die frühere an.

Haben zwei Personen wider einander Klagerechte, so hängt es lediglich von der früheren oder späteren Anstellung ab, ob die eine oder die andere Klage Haupt- oder Widerklage wird. Die Klage der prävenirenden Partei ist die Hauptklage, die derjenigen Partei aber, welche es bis zum Beklagtwerden kommen ließ, die Widerklage [8]), und dieß muß Jedem vollkommen einleuchten, der erwägt, daß man bereits in die Rolle eines Beklagten versetzt sein muß, um widerklagen zu können, daß nur ein bereits erstandener Kläger zum Widerbeklagten gemacht werden mag (§. 15.), und daß eine andere Klage bereits den Prozeß und Gerichtsstand begründet haben soll. Sollten aber beide Parteien zugleich geklagt haben, so wären durch ihre Uebereinkunft, das Ermessen des Richters oder endlich durch das Loos die Rollen zu bestimmen [9]). Ist übrigens bei generisch gleichen und fungiblen Sachen die kleinere Forderung nicht mittels Prävention mit einer Klage begehrt worden, so kann sie, nach bekannten Grundsätzen (§. 39.), nicht mit einer Widerklage, sondern nur mit einer Einrede verfolgt werden.

Aus dem Gesagten erhellt zu Genüge, daß die sogenannte antizipirte Widerklage des sächsischen Rechtes eine contradictio in adjecto und ein Unding ist [10]). Wenn

---

8) L. 29. Dig. de judiciis (5. 1.): „Qui appellat prior, agit.“ (§. 9. Note 6.)

9) Glosse zum Sachsenspiegel. Buch I. Art. 60. §. 3. (Oben §. 10. Nr. II.) Sachsenspiegel. Buch I. Art. 61. §. 2. (§. 10. Nr. III.) ꝛc. ꝛc.

10) Schaumburg: princip. prax. jurid. jud. part. I. lib. 1. sect. 2. cap. 4. nota ††. Berger, oecon. jur. lib. IV.

der Widerbeklagte sogleich Folge leistet und den Streit beseitiget, und wenn er seine Klage nicht anstellt, so ist die sein sollende Widerklage ein todtgebornes Kind, und gelangt nie dazu, das zu sein, was man sie nennt, weil sie sich nie mit einer andern Klage kreuzt. Auch wenn der angeblich Widerbeklagte bei einem andern konkurrirenden Gerichtsstande seine Klage erhebt, bleibt die erste Klage allein stehen, und muß allein stehen bleiben, weil sie nicht von dem ersten Gerichte abgehen, und in das andere judicium nicht eintreten darf [11]). Endlich wenn der Beklagte wirklich bei rechter Zeit später in eodem judicio klagt, so kann doch nur die zweite Klage die Widerklage, die erste aber die Hauptklage sein. Die Antizipation kann dieses natürliche Verhältniß nicht umkehren, und es ist gewiß eben so unsinnig, eine antizipirte Widerklage, als eine antizipirte Intervention, Appellation oder Restitution anzuerkennen [12]).

---

tit. 31. Teller, diss. de reconvent. §. 12. Müller, prompt. jur. voce „reconventio," n. 53, 54. Hennings: die Zuläßigkeit der Widerklage. S. 53. Einen Fall einer antizipirten Widerklage nach einem österreichischen Hofdekret v. 15. Januar 1787 s. bei Fischer in d. Zeitschrift f. d. österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. polit. Gesetzkunde, herausgeg. v. Wagner. Jahrg. 1827. Bd. II, Hauptblatt v. Juli bis Dez. Nr. XXXII. S. 152. Note b. — Auch die Analogie der Kompensation spricht gegen die Antizipation. L. 18. pr. Dig. de compens. (16. 2.)

11) L. 19. pr. Dig. de jurisdict. (2. 1.) L. 30. Dig. de judiciis (5. 1.) L. 4. Cod. de in jus vocando. (2. 2.) L. 12. restit. §. 1. Cod. de judiciis (3. 1.) Cap. 19. X. de foro compet. (2. 2.) Cap. 2. X. de dolo et contum. (2. 14.) Donelli comment. lib. XVII. cap. 18. Kaiserrecht. Th. I. Kap. 3. Th. II. Kap. 107. Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreiche Baiern von Gönner und Schmidtlein (Erlangen 1818 ff.) Bd. II. Nr. XXIV. S. 301. Gesterding: Ausbeute v. Nachforsch. Th. I. Nr. IV. S. 108.

12) Schon Wernher (observ. forens. tom. I. part. 4. obs. 1.

Zum Glück wird selbst von sächsischen Juristen [13]) die antizipirte Widerklage nicht mehr festgehalten.

§. 43.

Also die Hauptklage muß der Widerklage vorangehen, und sobald jene erhoben und vom Richter darauf eingegangen ist, erlangt der Beklagte das Recht widerzuklagen (dies reconventionis cedit [1])). Davon genug. Jetzt ist auch noch zu untersuchen, wann dieses Recht geltend gemacht werden kann und soll, oder an welcher Stelle und zu welcher Zeit des Prozesses die Widerklage anzustellen sei (quando dies reconventionis veniat). In den Gesetzen und bei den Rechtslehrern findet man verschiedene Bestimmungen und Ansichten, welche der Natur und den wahren Konsequenzen der Widerklage völlig entgegen sind, nämlich:

I) Die Widerklage ist anzustellen **vor Beantwortung der Hauptklage** [2]), also ehe die Hauptklage noch

---

n. 105.) sagte: „Fieri interdum etiam in foro Saxonico potest, ut reconventionis judicium ipsum conventionis antecedat; quamvis, si recte animum advertas, tunc non in proprio, sed magis **abusivo** sensu reconventionis nomine veniat.“

13) **Biener** syst. process. tom. II. §. 311. seqq. **Kori**: üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 9.

1) **Backe**, interpret. jur. Rom. cap. III. p. 84.

2) **Bernhard von Parma** (vor 1266) in dem apparatus (glossa ordinaria) ad Decretal. Cap. 1. X. de mutuis petit. (2. 4.): „Actorem reus si vult reconvenire, **ante litis contestationem** suam porrigat et petitionem — si vero reus differat suam petitionem porrigere, post litis contestationem non — sit audiendus“ **Lancelottti** instit. jur. canon lib. III. tit. 9. §. 1.: — „Reus — poterit — agentem — **antequam litem contestetur**, reum constituere.“ **Glosse zum Sachsenspiegel**. Buch I. Art. 60.: „Zum ersten wisse, daß nach

rechtshängig ist, und ehe man noch bestimmt weiß, ob sie rechtshängig wird (§. 2. S. 5. §. 37. Nr. II. S. 342)!!

II) Das entgegengesetzte Extrem: man soll erst widerklagen oder die Widerklage verhandeln, wenn der Prozeß über die Hauptklage bereits geendigt, wohl auch erst, nachdem das Urtheil befolgt, oder die Exekution durchgeführt ist [3]) — (sogenannte successive oder uneigentliche Widerklage [4]), welche zwar die Identität des Richters, aber nicht die Identität und Gleichzeitigkeit des Prozesses begründet. Dieses In-

---

den alten Rechten hat man die wiederklage pflegen anzustellen, so bald als der kläger seine erste klag angesatzt gehabt. Dann ehe der antworter Ja oder Nein gesaget, hat er seine widerklag vor auch eingebracht. — So aber der beklagte ehe zu antworten begunst hatte, ehe er seine wiederklag fürbracht, so hörte man ihn darnach damit nicht." Glosse z. a. O. Buch III. Art. 12.: „Und wisse, daß man es etwa nach den alten Rechten also hielte, — daß, wenn ein beklagter seinen kläger wieder beklagen wolte, muste er solches zu hand thuen, ehe er ihm zu der fürgenommenen klage Ja oder Nein sagte" ꝛc. ꝛc. (s. oben §. 10. Nr. IV. S. 98 u. 99.) — Laienspiegel, Th. II. Tit. Vom widerrechten vnd gegenclagen (§. 10. Nr. VII. S. 101.) Kammergerichts-Ord. v. 1508. v. 1555. Th. III. Tit. 30. (§. 11.) Gerichtsbüchlein aus dem 15. Jahrhundert. (§. 12.) Taucreti ord. jud. tract. p. 260. Müller, promptuar. v. reconventio, n. 11. 12. 13. Kori: über den Exekutivproz. u. d. Widerklage. §. 10. Note 49: „Die schwarzburg. Proz. Ord. Th. II. Tit. III. §. 2 u. 3. versteht unter der gleichzeitigen Widerklage eine vor der Kriegsbefestigung übergebene."

3) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 204. S. 238. Schmidt: Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. Einreden. §§. 86. 87. Martin: Lehrb. d. Proz. §. 158. Fischer: in d. Zeitschrift v. Wagner a. oft a. O. §. 12. S. 160 u. 161.

4) Mephistopheles in Göthe's Faust:

— „Wo Begriffe fehlen,
Da stellt ein Wort zu rechter Zeit sich ein."

ventarstück kömmt aus dem sächsischen Rechte [5]), ist indessen auch in den Gesetzen und Uebungen anderer Länder einheimisch [6]), und sogar in die Theorie des gemeinen Pro-

---

5) Glosse zum Sachsenspiegel. Buch I. Art. 60. „Nach unserm Rechten aber sol man die wiederklag ersten ansetzen, wenn der kläger seine klag geendet hat. Alßdann sol ihn der antworter erst wieder beklagen und ehe nicht.“ (§. 10. Nr. II. S. 96.) A. a. O. Buch III. Art. 12.: „Aber nach unserem neuem Rechten, mag der antworter den Kläger nicht wieder beklagen, alldieweil dasselbig Gericht zwischen ihnen beyden wehret. Darum sind diejenigen Recht damit aufgehoben, die da sagen, es müsse solche widerklage geschehen vor des beklagten bekenntniß oder leugnung der klage.“ (§. 10. Nr. IV. S. 98 u. 99.) Im Text selbst heißt es: „Svelk man vppen anderen klaget, vnd iene weder vp yne, die erst klaget, die ne heuet dem anderen, nicht to antwerdene, he ne si aller erst von yme ledich.“ (S. 97.) Hierher gehört auch die sächsische Rechtsparömie: „Geld vor, Recht nach.“ Eisenhart: Grundsätze d. teutschen Rechte in Sprüchwörtern. Nr. LVIII. S. 435. Vgl. Teller, diss. de reconvent. §. 12. Wernher, observ. forens. tom. I. part. 4. obs. 1. n. 27. Müller, promptuar. voce reconventio, n. 20. Biener, systema process. tom. II. §. 312. Hennings: die Zulässigkeit d. Widerkl. S. 33. Kori: üb. d. Exekutivproz. u. d. Widerkl. §§. 9. 10.

6) S. das lübeckische Stadt-Recht. (Lübeck, 1829.) lib. V. tit. 3. §. 111.: „Wer erstlich geklagt hat, der darff dem andern auf seine Gegenclag und (!) **Reconvention** keine Antwort geben, er sey dann zuvorn von ihm mit Recht geschieden doch sol er schuldig seyn, nahmhafftig zu machen, warumb er den Kläger zu **reconveniren**.“ Commentar zum hamburgischen Stadtrecht von 1603. Aus dem handschriftlichen Nachlasse von Gries herausgeg. v. Westphahlen (Hamburg, 1837.) Bd. I. S. 86 ff. Helmersen: Geschichte des livländischen Adelsrechtes bis zum Jahre 1561. (Dorpat u. Leipzig, 1836.) §. 107. S. 265. **Jus Culmense ex ult. revis.** Buch II. Tit. 7. Kap. 9. Das weimarische Gesetz v. 1817 u. das anhaltische, nach Mittermaier: d. gem. teutsche Proz. Beitr. III. S. 93.

zesses übergegangen (Note 3) [7]). So eine successive Klage ist nur eine falsche Widerklage, und im Grunde eine (eigentliche oder uneigentliche) Nachklage (§. 3. S. 10.). Die lebendige Wechselseitigkeit der beiden Klagen ist aufgehoben, und das ist ein Hauptmangel. Man muß wieder in die altrömische Allgemeinheit und Unbestimmtheit der mutua petitio (§. 6.) zurückfallen, wenn bloß die Identitäten der Parteien und des Richters zur Widerklage hinreichen sollen [8]), und nicht auch die Gleichzeitigkeit des Prozesses erfordert wird. Nach strengem Rechte läßt sich hier nicht einmal die Erstreckung der Gerichtsbarkeit rechtfertigen [9]).

III) Die Gesetze und Juristen, welche der prinziplosen Unbestimmtheit ergeben sind, weisen der Widerklage gar keinen festen Platz an, sondern gestehen ihr (wie es bei der Intervention gehalten wird) einen beliebigen Spielraum (terminus intra quem statt eines terminus in quo) zwischen der Einlassung und dem Endurtheile zu [10]). So wird also die Widerklage von der die Einreden und andere Hand-

---

7) Vgl. noch Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 71. ꝛc. ꝛc.

8) Man findet sogar, daß die vor einem andern Richter erhobene Nachklage noch Widerklage genannt wird! Wernher, observ. forens. tom. I. part. 4. obs. 1. n. 5. 147. Müller promptuar. voce reconventio. n. 7.

9) Nov. 96. cap. 2.

10) Cap. 3. de rescript. in IV. (1. 3.): „eodem durante judicio.“ Kam. Ger. Ord. v. 1555. Th. III. Tit. 30. (§. 11. Nr. IV. S 103.) Proz. Ord. f. Baden v. 1832. §. 313. (§. 12. Nr. VI. S. 109.) Stryck dissert. vol. II. disput. XVI. cap. 5. §§. 3. 4. Müller, promptuar. voce reconventio. n. 18. Biener, syst. process. tom. II. §. 312. Kori: üb. d. Exekutivproz u. d. Widerkl. §. 10. Goldschmidt: Abhandl. Nr. III. S. 27. Reinhardt: Handb. d. Prozeß. Th. I. §. 29. Bayer: Vorträge üb. d. gem. ord. Civilproz. S. 271.

lungen beherrschenden Regel, daß im Prozesse Alles eine bestimmte Stelle und Ordnung haben soll, völlig entbunden, und kann dem Kläger, wie das Schwert des Damokles, lange über dem Haupte hängen; höchstens soll oder kann der Richter wegen besonderer Umstände bisweilen willkürlich (!) eine Frist vorsetzen. — Manche gehen so weit, daß sie sogar die Widerklage noch in einer höheren Instanz zulassen. Damit würde dem Widerbeklagten das Recht der ersten Instanz abgeschnitten (§. 31.), die höhere Instanz, welche nur das in der ersten Instanz Entschiedene noch ein Mal entscheiden soll, die Widerklage zuerst und also in erster Instanz prüfen und entscheiden [11]), und bei einer Remission der Widerklage an den Unterrichter der gleichzeitige Prozeß gänzlich zerrissen [12]).

Nimmt man diese verschiedenen Dispositionen und Meinungen zusammen, so resultirt, daß man widerklagen kann, wann man nur immer will! Offenbar eine Absurdität. Klagen kann man freilich zu jeder Zeit ex mera facultate, wenn nur weder eine Verjährung, noch eine Provokation, noch eine Ediktalladung in Mitte liegt; aber nicht widerklagen, weil die Widerklage im Wechselverhältnisse zur Hauptklage steht, und an das judicium derselben gebunden ist.

Erhoben muß die Widerklage werden unmittelbar

---

11) Motive zum revidirten Entwurfe der Prozeßordnung für Baiern. (München, 1827) S. 144.

12) Vgl. Mevii decis. t. II. p. V. dec. 355. p. VII. dec. 89. Stryck, introductio ad praxin forens. caute instituend. (Wittebergae et Servestae 1753), cap. XIV. §. 3. Boehmer, princ. jur. canon. §. 696 Müller, promptuar. voce reconventio. n. 8. Gebrüder Overbeck: Meditat. Bd. VII. Med. 353. S. 10—12. Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 204. S. 239. Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. I. §. 29. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 211. Note 9. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 73.

nach der (ausdrücklichen oder fingirten) negativen [13]) Antwort auf die Hauptklage, noch vor der Replik, wo man aber keine eigentliche Beantwortung annimmt, wie im Exekutivprozesse [14]), im ersten Termin. Soll daher das erste, die Klage zur Vernehmlassung mittheilende Dekret vollständig abgefaßt sein, so muß es auch die Auflage enthalten, eine etwaige Widerklage mit der ersten Antwort auf die Klage, unter dem Rechtsnachtheile des Ausschlusses, vorzubringen; fehlt indessen diese Auflage, so versteht sie sich von selbst.

Gründe dieser Behauptung:

1) Durch die negative Antwort auf die Hauptklage wird diese erst rechtshängig [15]). Erst jetzt also, nachdem der Beklagte das judicium acceptirt hat, und Beklagter geworden ist, erscheint er als berechtigt, das judicium zur Widerklage zu benützen (Vgl. auch oben §. 42 am Ende).

2) Im ersten Verfahren soll das ganze Streitmaterial

---

13) Das Geständniß der Hauptklage (unrichtig bejahende Einlassung genannt) beseitigt die Möglichkeit einer Widerklage. Oben §. 37. Nr. II.

14) Müller, promptuar. voce „process. execut.“ n. 66. 74.

15) Der Anfang der Rechtshängigkeit ist streitig. Wernher, observ. forens. tom. I. part. IV. obs. 1. n. 125. 126. Pfotenhauer, doctrina processus. (Goettingae, 1796.) §§. 126. 209. Danz: Grundsätze des ordentl. Prozesses. (4. Ausg. v. Gönner. Stuttgart, 1806.) §. 38. Gesterding: alte und neue Irrthümer d. Rechtsgelehrten. S. 128. 129. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 207. — Vgl. L. 7. Dig. de inoff. testam. (5. 2.) L. 1. Dig. de litigios. (44. 6.) L. 3. Cod. de edendo (2. 1.) Gothofred. ad h. l. „Editio actionis litis indicium est, ut contestatio ejus initium.“ L. un. Cod. de litis contest. (3. 9.) Auth. Litigiosa, Cod. ibid. Nov. 112. cap. 1. Nov. Valent. III. lib. 2. tit. 35. §. 13. Cap. 30. X. de verb. signif. (5. 40.) etc. Die Streitfrage ist umständlich erörtert in des Verfassers Programm: de litispendentiae vero initio. Turici, 1837.

vorgelegt werden [16]), hierher gehört also auch das beiderseitige Klagewesen.

3) Nur wenn die Widerklage in dem bezeichneten Zeitpunkte angestellt ist, kann sie vollkommen gleichzeitig mit der Hauptklage sich fortbewegen, und ist nur um einen einzigen Satz oder Termin zurück, der sogleich auf die Duplik des Hauptbeklagten folgt.

I. Klage.
II. Beantwortung der Klage und Widerklage.
III. Replik auf die Klage und Beantwortung der Widerklage.
IV. Duplik auf die Klage und Replik auf die Widerklage.
V. Duplik auf die Widerklage.

4) Was die Gesetze angeht, so erklären sie sich ganz bestimmt für unsere Ansicht, so namentlich:

L. 23. Dig. de judiciis. (5. 1.): „Non potest in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est.“

L. un. Cod. de satisdando. (2. 57.): — „Sin autem ei (procuratori agendis) ab adversario suo opposita fuerit in ipso litis exordio defensionis allegatio“ etc. (§. 18. S. 156).

Nov. 96. cap. 2.: — „Sancimus igitur, si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra se conventionem exposuit, non apud alium judicem, sed apud eum mox a principio convenire“ (§. 8. S. 75.)

Nov. 123. cap. 25.: — „Si vero in quibusdam causis vel actionibus semetipsos obligatos fecerint, in tempore, in quo responsa faciunt, — conventiones suscipiant.“

Auth. Et consequenter, Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) „Et consequenter ego ab aliquo conventus, si vicissim ipsum pulsare velim: statim

---

16) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 186.

quidem hoc non licet, nisi apud eundem judicem“ (§. 8. S. 76.).

Cap. 1. X. de mutuis petit. (2. 4.): — „Compellatis — in continenti — respondere“ (§. 9. Nr. II.)

Clem. 2. de verb. signif. (5. 11.) — „Rei, si quid petere voluerit, in ipso litis exordio petitio facienda“ (§. 9. Nr. XII.).

Die Reichsgesetze [17]) fixiren nicht genau, und enthalten nur laxe Bestimmungen, setzen aber doch fest, daß eine erst (lange) nach der Einlassung angebrachte Widerklage abgesondert durchgeführt, d. h. mit andern Worten, daß sie nicht als legitime Widerklage, sondern als Nachklage, wenu gleich vor dem nämlichen Richter, behandelt werden solle. — Noch mehr stimmt der Reichsabschied von 1654 mit uns überein. Nach §. 45. soll der Beklagte auf des Klägers Libell oder Klag excipiendo und mit seiner Gegenhandlung verfahren. Weiter ist im §. 46. verordnet: „Im Fall aber dem Beklagten — prorogatio termini zur Einbringung seiner Antwort und Gegen-Handlung zugelassen wäre, alsdann fället solche Gegen-Antwort auf diesen Termin, und solle der Beklagte auf des Klägers Anbringen antworten, seine Gegen-Nothdurfft und Gegen-Klag — einbringen“ ꝛc. ꝛc. Die prorogatio termini geht hier auch auf die Widerklage, da aber die prorogatio nur dasjenige umfassen kann, was im vorhergehenden Termin hätte geschehen sollen, so ergibt sich der Schluß, daß nach dem Reichsabschied die Widerklage auf dem im §. 37. desselben bestimmten Termin fällt.

5) Das den gemeinen Prozeß beherrschende Eventual-Prinzip lehnt sich dagegen auf, daß die Widerklage an keine bestimmte Frist gebunden sei, und hinter der Einlassung als eine Nachzüglerin herlaufe. Alle disponiblen An-

---

17) Kam. Ger. Ord. v. 1508 und 1555. Th. III. Tit. 30. Konzept d. Kam. Ger. Ord. v. 1603. Th. III. Tit. 33. (Oben §. 11.)

griffs- und Vertheidigungsmittel müssen auf ein Mal und mit einander selbst dann vorgebracht werden, wenn von ihnen nur eventuell Gebrauch gemacht werden kann [18]). Auch die Widerklage ist ein Angriffsmittel, und gehört sohin dem ersten Auftreten der Partei an. Diese Nothwendigkeit zeigt sich besonders, wenn die Gegenforderung zum Theil mit der Einrede der Kompensation, zum Theil mit einer Widerklage geltend werden muß, denn sobald man letztere nicht an den Termin der Einlassung bindet, könnte es sich da ergeben, daß die Gegenforderung, obgleich sie eine einzige ist, successiv verfolgt würde [19]).

Sollte eine Widerklage wegen besonderer Hindernisse mit der Antwort auf die Hauptklage nicht eingebracht werden können, so ist sie zwar nicht unbedingt verloren, aber doch erst nach Offenhaltung des Termines oder bewilligter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlaubt.

§. 44.

Wer sich einmal in der Lage befindet, eine Widerklage anstellen zu können, hat dessen ungeachtet freie Wahl, ob er sie wirklich anstellen oder unterlassen will, und er kann die bereits angestellte wieder fallen lassen, wenn er nur dem Gegner die verursachten Auslagen ersetzt [1]). Jedes Recht enthält in Beziehung auf die Ausübung nur ein Dürfen, kein Sollen und Müssen und ist dem Verzichte unterworfen, insbesondere aber wird Niemand zum Klagen gezwungen [2]). Eine Art von Zwang scheint in der

---

18) Reichsabschied v. 1654. §§. 37. 40. 73.

19) Unter Andern erklärt sich Donellus (comment. lib. XVII. cap. 18. §. 9.) für unsere Ansicht.

1) L. 79. pr. Dig. de judiciis (5. 1.).

2) L. 5. §. 6. Dig. de doli mali et met. except. (44. 4.) LL. 42. 156. Dig. de reg. jur. (50. 17.) L. 6. Cod. de temp. in integr. restit. (2. 53.) L. un. Cod. ut nemo invit. ag. v. accus. cog. (3. 7.) L. 4. Cod. de usur.

Nov. 96. cap. 2. (§. 8. S. 73.) enthalten zu sein, weil es dort heißt: „Si itaque tacuerit, deinde postea voluerit causam apud alium judicem movere; necessitatem eum habere sustinere terminum ejus litis illatae sibi ab eo qui eum in judicium traxit: et dum finem lis acceperit, tunc eum suam causam apud alium judicem proponere.“ Damit ist aber nur gesagt, daß zu rechter Zeit widergeklagt werden müsse, und daß eine abgesonderte Klage des Beklagten gegen den Kläger cessire, bis dieser mit seinem Klagewesen zu Ende sei. Doch scheint Justinian bei seiner Novelle nur materiell konnexe Klagen vor Augen gehabt zu haben, denn nur diese konnten den von ihm gerügten gegenseitigen Einfluß auf einander ausüben. Ueberdieß ist die Vorschrift nicht praktisch [3]), denn sie ist nicht anerkannt, nach Hefftter [4]) wegen der größeren Leichtigkeit der Rechtsverfolgung bei uns, nach Lauk [5]) aber, weil bei der langen Dauer unserer Prozesse die Realisirung der Verordnung zu hart wäre [6]).

Selbst durch Provokation kann man eine Widerklage nicht erzwingen, und dem Beklagten nicht die Alternative stellen, entweder widerzuklagen, oder wegen seines

---

pub. (5. 56.) L. 20. Cod. de pignor. (8. 14.) Nov. 112. cap. 3. Breidenbach im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. III. Nr. XXI. S. 336 ff. Ueber einen Fall, wo die Widerklage von der Bewilligung des Gegners abhängt, s. d. oben §. 10. Nr. VII. S. 101. angeführte Stelle aus dem Laienspiegel.

3) And. Mein. Goldschmidt; Abhandl. Nr. III. S. 27.

4) Institutionen des römischen und teutschen Civil-Prozesses. (Bonn, 1825.) S. 102.

5) Im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 73 u. 74.

6) Vgl. Lancelotti instit. jur. canon. lib. III. tit. 9. §. 2. — „nisi reus literas impetrare maluerit.“ — Aehnlich verhält es sich mit Cap. 3. de rescript. in VI. (1. 3.) s. oben §. 9. Nr. XI.

Anspruchs alles Klagerecht zu verlieren. Die Provokation ist ohnehin in den Gesetzen nicht gegründet, sondern wie bei den Haaren in das positive Recht hereingezogen, und hat nur eine durch die Reichsgesetze [7]) bestätigte Praxis für sich; um so weniger darf sie ausgedehnt werden. Der Provokant kann höchstens fordern, daß der Provokat klage, nicht aber, daß er seine Klage als Widerklage formire. Kaum wird auch eine Provokation zur Widerklage nur mit einem Anschein von Zweckmäßigkeit versucht werden können. Vor der Hauptklage nämlich ist die Widerklage unmöglich und kann also Niemanden zugemuthet werden. Hat Jemand bereits geklagt, so ist dennoch die Provokation nicht bei dem für die Klage kompetenten Richter des Beklagten, sondern bei seinem (des Klägers) eigenem Richter anzubringen [8]), und auch die Klage der Provokaten ressortirt an den letztgenannten oder doch an einen andern Richter, als den der Hauptklage [9]); damit ist also die Identität des Richters, welche bei der Widerklage wesentlich ist, aufgehoben. Folgt man aber der Ansicht, daß für die Provokation der Richter des Provokaten zu wählen sei [10]), so darf sie doch deßwegen weder in den Prozeß der Klage gemengt werden, noch verliert der Provokat das Recht, gesondert zu klagen.

Nur im Konkursprozesse gilt ein Zwang. Jede Forderung des Gemeinschuldners an einen Massegläubiger, wenn sie auf Geld oder Geldeswerth geht, ist ein Aktivposten seines Vermögens, das zu einer einzigen Masse ver-

---

7) Landfrieden v. 1548. Art. 14. §. 8. Kam. Ger. Ord. v. 1555. Th. II. Tit. 25. Konzept der Kam. Ger. Ord. Th. II. Art. 27. Reichs-Absch. v. 1654. §. 83.

8) Martin: Lehrb. d. Proz. §. 255. Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 336.

9) Reichs-Absch. v. 1654. §. 83. Linde a. a. O. §. 83.

10) Linde a. a. O. §. 336.

sammelt und zusammengeschlagen werden soll [11]); alle Aktivposten, welche nicht außergerichtlich zu erlangen sind, müssen sohin gerichtlich eingeklagt werden, und zwar, nach dem Grundsatze der Universalität, bei dem Konkursrichter. Demnach ist der Kontradiktor oder der Kommunal-Anwalt zum Widerklagen verbunden. Da jedoch der Konkursprozeß ein bloßer Vermögensprozeß ist, so sind Ansprüche, die nicht auf das Vermögen gehen, und kein pekuniäres Interesse haben, auch hier vom Zwange befreit, ja sogar nicht einmal für das judicium des Konkurses geeignet.

Die Freiheit des Widerklägers in Beziehung auf die Disposition über seine Widerklage setzt sich auch im Verlaufe des Prozesses fort.

Er darf sohin die erhobene Widerklage ausdrücklich fallen lassen, oder stillschweigend von ihr abstehen [12]), nur muß er dem Gegentheil die verursachten Kosten ersetzen [13]), und die etwa gestellte cautio de lite prosequenda verlieren [14]). Er darf auch, wenn nicht blos ein Verzicht auf das judicium, sondern auf das Klagerecht überhaupt, oder eine res judicata, oder die Verjährung in Mitte liegt, die Widerklage wieder als getrennte Klage oder in einem andern Prozesse des Gegners als Widerklage erheben [15]).

---

11) Linde a. a. O. §§. 429. 434.

12) Nach dem Ausdrucke der alten französischen Praktiker: „rabattre un défaut.“ S. Gothofred ad L. 73. §. 1. Dig. de judiciis. (5. 1.) Dennoch darf der Widerkläger die Widerklage, gegen des Widerbeklagten Willen, nicht liegen lassen, um den angefangenen Prozeß darüber später fortzusetzen, sondern der Widerbeklagte kaun ihn zwingen, die Widerklage entweder fortzusetzen oder aufzugeben. Nov. 112. cap. 3. Auth. Qui Semel. Cod. quomodo et quando judex (7. 43.).

13) L. 13. §. 2, Cod. de judiciis. (3. 1.) L. 75. Dig. de reg. jur. (50. 17,)

14) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 121.

15) L. 73. §§. 1. 2. Dig. de judiciis (5. 1.) Nov. 112.

Alle diese Freiheit entbehrt der Widerbeklagte. Ein Beklagter, welcher sich nicht in des Klägers Willen fügt, kann sich der Klage nicht entschlagen, er muß antworten, und wenn er schweigt, so verliert er seine Einreden, die Klage wird als geleugnet angenommen, und der Kläger wird zum Beweise gelassen [16]). Gerade so wird es auch bei dem Widerbeklagten gehalten, und nebstdem bestimmen noch die Gesetze, daß er bei verweigerter Beantwortung der Widerklage mit seiner eigenen Hauptklage weiter nicht gehört werden solle:

L. 43. §. 4. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.): „Poena non defendentis procuratoris haec est, ut denegetur ei actio“ (§. 18. S. 153.).

L. 5. Cod. de procurat. (2. 13.): „Actionem ei, qui absentis nomine agere vult, si eum non defendat, denegari oportere, jam edicto perpetuo expressum est“ (A. a. O.).

L. 1. Cod. rer. amot. (5. 21.): „Compensationis aequitatem jure postulas; non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit“ [17]) — (§. 7. Nr. X. XI. S. 66.).

Glosse zum Sachsenspiegel. Buch III. Art. 12. „Darum wisse, ob sich einer sich wegerte, einem wie-

---

cap. 3. Kam. Ger. Ord v. 1555. Th. III. Tit. 43. §. 4. Gönner: Handb. d. Proz. Bd. I. Nr. XX. S. 435. f. Puchta: d. Dienst d. teutschen Justizämter. Th. II. §. 155. S. 113. S. auch Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 237.

16) L. 11. §. 7. Dig. de interrog. in jure fac. (11. 1.) Linde: Lehrb. d. Civilproz. §. 230. Brandis: Abhandlungen aus dem Civilproz. I. (Jena, 1834) S. VII. In den bestimmten summarischen Prozeßarten treten die bekannten andern gesetzlichen Rechtsnachtheile ein.

17) Die nämlichen Worte stehen in der L. 6. Cod. de compens. (4. 31.)

derum zu antworten, deß straff ist diese, daß man ihm auch zuerst nicht antworten darf" (§. 10. Nr. IV. S. 98.).

Laienspiegel. Th. II. Tit. Vom widerrechten vnd gegenclagen: — „Wann die gegenklag, zu latein genannt Reconventio, im rechten der massen gefreyt, daß der klager schuldig ist, auch darauf zu antwurten, bei verliesung seiner klag" (§. 10. Nr. VII. S. 102.) [18]).

Uebrigens tritt der Rechtsnachtheil nicht ein, wenn die Einlassung bestritten wird, genug daß auf die Widerklage — so oder anders — geantwortet ist; die Gesetze reden nicht von der litis contestatio oder Streiteinlassung, sondern nur vom defendere, respondere und Antworten.

§. 45.

Als besondere Zwangsmittel bei der Widerklage kann man die Kautionen [1]) betrachten, namentlich auf Seite des Widerbeklagten, denn der Widerkläger steht hierin einem gewöhnlichen Kläger ganz gleich.

Ueber die Widerklage-Kautionen besteht kein besonderes gemeinrechtliches Gesetz, die Hauptquelle der Prozeßkautionen überhaupt aber ist der tit. Inst. de satisdat. (4. 11.):

„Satisdationem modus alius antiquitati placuit [2]), alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor com-

---

18) In den Partikularrechten sind ähnliche Bestimmungen. Frankfurter Reformation. Th. I. Tit. 21. §. V. (§. 12. S. 106.) Würzburger Land-Gerichts-Ordnung. Th. II. Tit. 10. §. III. (§. 12. S. 107.) ꝛc. ꝛc.

1) Hufeland: Beiträge zur Berichtig. u. Erweit. d. posit. Rechtswiss. Stück V. Nr. XIII. S. 53—63. Oesterley: üb. d. Kaution f. d. Widerklage. Elvers: allgem. jurist. Zeitung. Jahrg. 1828. Nr. 115. S. 457—459. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 75.

2) Ueber das Recht vor Justinian vgl. Gaji comment. lib. 4. §§. 88 — 102.

pellabatur, ut si victus nec ipsam rem restitueret, nec litis aestimationem ejus [3]), potestas esset petitori, aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus: quae satisdatio appellatur judicatum solvi. Unde autem sic appellatur, facile est intelligere: namque stipulatur quis, ut solvatur sibi quod fuerit judicatum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem, qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur; procurator vero si in rem agebat, satisdare jubebatur; ratam rem dominum habiturum. Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores et curatores eodem modo, quo et procurator, satisdare debere verba edicti faciebant; sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Haec ita erant, si in rem agebatur" [4]).

§. 1. „Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quae diximus in actione, qua in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdari debet, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur [5]). Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, judicatum solvi satisdare non cogebatur."

§. 2. „Sed haec hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suo nomine, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur; sed pro sua tantum persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suae

---

3) Oben §. 4. Note 23. S. 18.

4) Bethmann-Hollweg: Versuche. S. 193.

5) Oben §. 18. S. 149.

promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant, vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personae suae dare compellitur“ [6]).

§. 3. „Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur, in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel praesens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur; eodem observando, et si tutor vel curator, vel aliae tales personae, quae alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt“ [7]).

§. 4. „Si vero aliquis convenitur, si quidem praesens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, et suo procuratoris personam per judicatum solvi satisdationem solenni stipulatione firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus judicatum solvi satisdationis clausulis [8]). Ubi et de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quam heredes ejus obligentur, alia insuper cautela vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiae recitandae in judicio invenietur; vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quae condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.“

§. 5. „Si vero reus praesto ex quacunque causa non fuerit, et alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia inter actiones in rem vel in personam introducenda, potest hoc facere, ita tamen, ut satisdationem

---

6) Nov. 112. cap. 2. Auth. Generaliter. Cod. de episcop. et cleric. (1. 3.) Auth. Libellum. Cod. de litis contest. (3. 9.)

7) Bethmann-Hollweg: Versuche. S. 197.

8) L. 6. Dig. judicat. solvi. (46. 7.)

judicatum solvi pro litis aestimatione praestet. Nemo enim secundum veterem regulam, ut jam dictum est, alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.“

§. 6. „Quae omnia apertius et perfectissime a quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.“

§. 7. „Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis, et si propter imperitiam forte aliter celebretur, obtinere censemus: quum necesse est omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est hanc regiam urbem ejusque observantiam, sequi.“

Dieß, in der Quintessenz dargestellt, heißt:

Die Prozeßkautionen sind anders im alten, als im neuen Rechte angeordnet.

Nach dem alten Rechte mußte der Beklagte bei dinglichen Klagen eine cautio judicatum solvi stellen. Wer in einem fremden Namen auftrat, war dazu noch weit mehr verbunden. — Der Kläger im eigenen Namen mußte keine Kaution aufrichten, der klagende Prokurator aber wurde zu einer cautio de rato angehalten, weil ohne diese, zum Nachtheil der Gegenpartei, die Genehmigung von dem Prinzipal hätte verweigert, und ein neuer Prozeß über die Sache geführt werden können. Tutoren und Kuratoren wurden wie die Prokuratoren behandelt, doch wenn sie klagend auftraten, erließ man ihnen bisweilen die Kaution. — Bei persönlichen Klagen wurde von dem Kläger ebenfalls eine Kaution nicht begehrt; nur der Kläger im fremden Namen scheint zu einer cautio de rato verbunden gewesen zu sein. Der Beklagte im fremden Namen mußte Kaution (judicatum solvi?) [9]) geben, der Beklagte im eigenen Namen aber nicht.

---

9) L. 45. §. 2. Dig. de procurator. et defensor. (3. 3.) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 245. Nr. III.

Nach dem neuen Rechte ist der, im eigenen Namen auftretende, Kläger, sowohl bei dinglichen als persönlichen Klagen, von der cautio judicatum solvi („pro litis aestimatione") frei, er mußte aber eine cautio de judicio sisti stellen („quod in judicio permaneat usque ad terminum litis"), und zwar entweder durch Eid (cautio juratoria), oder durch bloßes Wort (nuda promissio), oder durch Bürgen (satisdatio) [10]). Der Prokurator, wenn er nicht bevollmächtigt war, mußte cautio pro rato leisten [11]). Eben so der Tutor und Kurator. Der Beklagte, welcher durch einen Prokurator vertreten wurde, mußte eine cautio judicatum solvi und de judicio sisti („quod in tempore recitandae sententiae in judicio invenietur") geben. Endlich, wer für einen abwesenden Beklagten handelte, wurde zur cautio judicatum solvi angehalten [12]).

Was von dem Beklagten gilt, ist auch auf den Widerbeklagten anzuwenden.

Bei dem Lichte besehen, ist im modernen Prozesse die cautio de judicio sisti [13]) eine überflüssige und unwirksame Sache. Denn

---

10) Wohl auch durch die nach L. 25. Dig. de reg. jur. (50. 17.) sicherere Pfandbestellung und Hinterlegung? LL. 1. 7. §. 2. Dig. qui satisdare cog. (2. 8.) L. 21. §. 2. Dig. de constit. pecun. (13. 5.) L. 59. §. 6. Dig. mandati. (17. 1.) L. 1. §. 9. Dig. de collat. (37. 6.) L. 188. §. 1. Dig. de verb. signif. (50. 16.) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 246. Schweppe: d. röm. Privatrecht. Bd. II. §§. 185. 186.

11) Codicis Chisiani collectio. §§. 11. 42. in Haenel dissens. DD. pag. 131. 147. Hugolini dissens. DD. §. 28. l. cit. pag. 271. Adcessio II. Hugolini distinct. spec. e codice Bamberg. §. 7. l. cit. p. 263.

12) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 245. Nr. III.

13) Abgeschafft in d. Proz.-Ord. f. Baden v. 1831. §. 184.

1) der Kläger ist ohnehin verbunden, bei dem Richter der Hauptklage sich widerbeklagen zu lassen [14]);

2) Ohne daß ein Präsenzmachen des Widerbeklagten in Person oder durch einen Vertreter nöthig, und ohne daß eine ausdrückliche Antwort erforderlich ist, wird dem Widerkläger durch die fingirte negative Einlassung im Falle der unterlassenen Erscheinung und Beantwortung hinreichend geholfen.

3) Mehr bewirkt auch die Kaution nicht. Es fehlt jeder gesetzliche Grund für die Annahme, daß die Kaution wegen deßfallsigen Ungehorsams verfalle.

4) Oft wäre die Kaution nicht einmal exigibel. Wir sehen wenigstens nicht ein, wie man eine Partei, welche keine Realkaution stellen kann, nöthigen sollte, Bürgen zu stellen, wenn sie keine findet, oder wider Willen zu schwören, oder ihr Wort zu geben. Da könnte nur auf Immission oder auf Sequestrirung des streitigen Gegenstandes, oder auf persönliche Haft erkannt werden [15]).

Da nun Niemand unnöthiger Weise mit Kautionen geplagt werden darf [16]), so scheint die cautio de judicio sisti nur dann zu passen, wenn die Widerklage abgesondert oder successiv bei dem Richter der Klage behandelt, d. h. wenn sie nicht als wahre Widerklage angenommen werden soll, und wenn der Widerbeklagte für seine Person dem erwähnten Richter nicht unterworfen ist [17]). Da scheint

---

14) L. 14. Cod. de sent. et interloc. (7, 45.)

15) L. 7. §. 2. Dig. qui satisdare cog. (2. 8.) Reinhardt: Handb. d. Proz. Th. II. §. 305.

16) L. 45. pr. Dig. de procurat. et defensor. (3. 3.) L. 14. §. 1. Dig. ut legator. v. fidecomm. causa cav. (36. 3.) L. 3. §. 1. Dig. ut in posses. legat. (36. 4.) Thibaut: System des Pandekten-Rechts. (6. Ausg.) §. 1267.

17) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 245. Schmidt: prakt. Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. Einreden. §. 86. Höpfner: Komment. üb. d. Institit. §. 1181. Reinhärdt: Handb. d. Proz. Th. II. §. 301. Martin: Lehrb. d. Proz. §. 310. Lauk im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XII. Nr. V. S. 75.

es, der Widerbeklagte habe den gesetzlich nicht begründeten Gerichtsstand erst anzuerkennen, und durch eine Garantie zu befestigen. Das ist aber nur Schein. Denn müßte er diesen Gerichtsstand annehmen, so wäre eine Kaution unnöthig; müßte er aber nicht, so kann man ihn auch nicht zur Kaution zwingen, da diese accessorisch ist, und eine prinzipale Verbindlichkeit voraussetzt.

Bei den Römern hatte die cautio judicio sisti eine praktische Bedeutung, weil der ganze Prozeß anders war. In den ältesten Zeiten wurde der zu Beklagende durch eine Privatladung vor Gericht gerufen, und im Falle der Noth mit Gewalt (obtorto collo) dahin gezogen. Dagegen konnte er sich durch Kaution (vadimonium) schützen [18]). Da hier Alles Privatsache war, hatte auch eine Privatgarantie Wirkung. Mit diesen Vadimonien sind unsere Kautionen nicht zu vergleichen [19]). Nach dem Rechte Justinian's mußte der Beklagte Kaution stellen, daß er zu bestimmter Zeit vor Gericht erscheinen, und dort bis zum Endurtheile ausharren werde [20]), aber auch dieses Recht ist nicht mehr das übliche [21]). Die cautio judicio sisti ist also bei uns nicht mehr Regel, sondern nur Ausnahme, wenn der Beklagte die Gerichtsbarkeit erstreckt, den Wohnsitz verlegen will, oder der Flucht verdächtig ist [22]), und zwar wird der Fall des zu verlegenden Wohnsitzes nur dann als wirksam gelten können, wenn der Beklagte in

---

18) L. 22. Dig. de in jus voc. (2. 4.) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 240. ff.

19) Der Sachsenspiegel. Buch II. Art. 9. kennt die cautio judicio sisti, kann aber auch nicht für geltendes gemeines Recht angenommen werden.

20) Bethmann-Hollweg: Handb. d. Civilproz. Abth. I. Bd. I. §§. 21. 22.

21) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 240. b. Linde: Handb. d. Civilproz. §. 15.

22) Martin: Lehrb. d. Proz. §. 310. Linde: a. a. O. §. 121.

das Ausland auszuwandern gedenkt, weil im Inlande die anderweitigen gesetzlichen Garantien an jedem Orte fortbestehen, und die etwa vermehrte Schwierigkeit der Rechtsverfolgung bei der mangelnden Verbindlichkeit, diese dem Gegner leicht zu machen [23]), ohne Belang ist. Endlich gehört hierher der Fall, wenn der Widerbeklagte bereits im Auslande wohnt.

Bisweilen muß der Beklagte auch eine cautio judicatum solvi aufrichten, nämlich wenn er das Seinige durchzubringen, und überhaupt den Berechtigten in den Zustand der Unsicherheit zu versetzen anfängt [24]). Eben so der Widerbeklagte.

Nach dem bisher angegebenen Gesichtspunkt hat die Kaution bei der Widerklage nichts Eigenes, sondern sie ist die gewöhnliche eines Beklagten. Doch läßt sich ihr noch eine besondere Seite abgewinnen. Im Allgemeinen nämlich muß jeder Berechtigte Kaution stellen, wenn er Etwas verlangt, wofür ihm eine Gegenverbindlichkeit obliegt [25]) oder was er vielleicht demnächst wieder zurückgeben muß [26]). In einer ähnlichen Lage ist auch der Widerbeklagte. So betrachtet ist seine Kaution eine cautio judicatum solvi,

---

23) Linde a. a. O. §. 118.

24) L. 41. Dig. de judiciis. (5. 1.) L. 38. pr. Dig. pro socio. (17. 2.) L. 22. §. 8. Dig. solut. matrim. (24. 3.) L. 21. §. 3. Dig. de appellat. (49. 1.) Tit. Cod. de satisdando. (2. 57.) Martin: Lehrb. d. Proz. §. 310. Linde a. a. O. §. 121.

25) L. 18. §. 1. Dig. de peric. et commod. rei vend. (18. 6.) L. 58. §. 2. Dig. loc. cond. (19. 2.) L 26. Dig. de aedil. edicto. (21. 1.) L. 19. Dig. de legat. 3. (32.) L. 40. §. 5. Dig. de condit. et demonst. (35. 1.)

26) L. 3. Dig. de tut. et rat. distrah. (27. 3.) L. 73. §. 1. Dig. ad leg. Falcid. (35. 2.) Reichs-Absch. v. 1654. §. 124.

und bei der Exekution wirksam, bedingt aber nie die Verbindlichkeit, auf die Hauptklage zu antworten [27]).

§. 46.

Nur im ersten Verfahren gehen regelmäßig Haupt- und Widerklage so recht eigentlich Zug für Zug gleichzeitig fort, weil die vier Sätze beider successiv in die nämlichen Termine fallen. Die Widerklage ist nur um einen Schritt zurück, und ihr letzter ist die Duplik.

Im Beweisverfahren können beide Klagen, bei aller Identität des Prozesses, mehr oder weniger aus einander weichen, und von der Gleichzeitigkeit sich entfernen, indem eine gegen die andere weitwendiger oder verwickelter sich gestaltet.

Der Streit über eine Klage kann sogar früher beendigt sein, als der über die andere, z. B. wenn sie aufgegeben, oder schneller spruchreif und entschieden wird.

Wird die Klage vor ihrer Beantwortung fallen gelassen, so ist sie ein einseitiger Akt des Klägers geblieben, das judicium ist noch nicht zur Vollendung gediehen, und die Rechtshängigkeit nicht eingetreten; es kann daher nicht widergeklagt werden [1]). Durch das Aufgeben der Klage aber nach deren ausdrücklicher oder fingirter negativer Beantwortung kann der Kläger der Widerklage nicht entgehen; und letztere bleibt dessen ungeachtet bei dem bisherigen Richter anhängig, weil nunmehr der Widerkläger auf die Widerklage und den Gerichtsstand derselben ein Recht erworben hat [2]).

---

27) Glück: Erläut. d. Pandekten. Th. III. §. 245. Schmidt: prakt. Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. Einrede. §. 121.

1) Gönner: Handb. d. Proz. Bd. III. Nr. 57. §. 26. S. 176.

2) L. 30. Dig. de judiciis. (5. 1.) L. 75. Dig. de reg. (50. 17.) Cap. 83. de reg. jur. in VI. (5. 13.) Spangenberg in d. Zeitschrift f. Civilrecht u. Proz. Bd. VI. Nr. VI. S. 250. u. in Bülow's und Hagemann's prak-

Bleibt in einem solchen Falle eine Klage allein aufrecht, so verliert sie ihre dualistische Wechselbeziehung, und wird eine gewöhnliche Klage. Die hier entstehende Frage, ob der Widerbeklagte, nach Aufgebung seiner Klage, selbst widerklagen dürfe? verneinen wir. Zwar ist die Widerklage des vorherigen Hauptbeklagten eine Klage, und der alte Widerbeklagte ein bloßer Beklagter geworden, so daß seine Klage keine reconventio reconventionis, sondern nur eine reconventio ist [3]); allein sie ist in diesem judicium verloren, weil er sie nicht Anfangs gehäuft hat (§. 23.), und kann nicht an die leere Stelle der zurückgenommenen Klage gesetzt werden, ausgenommen wenn die Häufung unmöglich war. — Weiter haben wir dieser Schrift nichts mehr beizusetzen.

---

tischen Erörterungen (2. Aufl. Hannover, 1806. f.) Bd. X. (Braunschweig, 1837.) Nr. XXII. S. 174.

3) Spangenberg an beiden a. O. S. 252 u. 175.

Quellen-Register.

(Wir führen hier nur die erklärten und interessanteren Stellen an. Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seiten.)

I. Vorjustinianeische Quellen.

A) Cicero pro Caecina.
cap. 20. (145.)
cap. 43. (260.)
— in Catilinam or. I.
cap. 6. (28.)
— pro Cluentio.
cap. 43. (220.)
cap. 49. (156.)
— pro Murina.
cap. 34. (221.)
— pro Quintio.
cap. 7. (158.)
cap. 11. (162.)
— act. in Verrem II.
l. 2. cap. 72. (151.)

B) Seneca de beneficiis.
lib. 3. cap. 7. (13.)
lib. 6. cap. 3. (364.)
— de ira.
lib. 1. cap. 3. (360.)
— de vita beata.
cap. 27. (28.)

C) Velleji Paterculi histor.
lib. 2. cap. 8. (359).

D) Gaji commentarii.
Lib. 4. §. 4. (261.)
Lib. 4. §. 48. (18.)
— — §. 57. (15.)
— — §§. 61. 62. (26. 364. 384.)
— — §§. 63. 64. 65. 68. (20. 21.)
— — §. 87. (263.)
— — §§. 88—102. (156.)

E) Fragmenta Vaticana.
§. 336. (149.)

F) Pauli receptae sententiae.
Lib. 1. tit. 3. §. 4. (149.)
Lib. 2. tit. 5. §. 3. (26.)
Lib. 2. tit. 12. §. 12. (365.)

G) Codex Theodosianus.
Lib. 16. tit. 11. de relig.
L. 1. (277.)

H. Novellae Valentiniani III.
Lib. 2. tit. 35. pr. (277.)

II. Justinianeische Kompilation und Gesetzgebung.

A) Institutiones.
L. 4. tit. 6. de action.
§. 1. (261.)
§. 30. (20. 274. 365. 384. 397.)
Lib. 4. tit. 11. de satisdando. (416.)

B) Pandectae.

Lib. 1. tit. 3. de legibus.
L. 17. (293.)
L. 19. (319.)
L. 28. (48.)

Lib. 2. tit. 1. de jurisdict.
L. 11. §. 1. (34. 37.)

Lib. 2. tit. 3. si quis jus dic. non obtemp.
L. un. §. 1. (59. 261.)
— §. 3. (56.)

Lib. 3. tit. 3. de procurat. et defensor.
L. 29. (170.)
L. 33. §§. 3. 4. (149. 164.)
— §. 5. (171. 187. 189.)
L. 34. (42. 171. 189.)
L. 35. §. 3. (162.)
L. 43. §. 2. (152.)
— §. 4. (153. 415.)
L. 46. §. 1. (162.)
L. 55. (176.)
L. 70. (171.)

Lib. 4. tit. 7. de alienat. jud. mut. c. f.
L. 1. pr. (191.)

Lib. 5. tit. 1. de judiciis,
L. 2. §. 5. (61. 352.)
L. 22. (63. 256. 278.)
L. 23. (337. 409.)
L. 29. (87.)
L. 30. (36.)
L. 54. (36. 39. 40.)

Lib. 6. tit. 1. de rei vind.
L. 36. pr. (261.)
— §. 1. (262.)
L. 48. (274.)
L. 80. (266.)

Lib. 11. tit. 2. de quib. reb. ad eund. jud. eatur.
Tot. tit. (40.)

Lib. 13. tit. 6. commod.
L. 18. §. 4. (17.)

Lib. 16. tit. 2. de compens.
L. 1. (317.)
L. 11. (373.)
L. 12. (373.)
L. 23. (367.)
L. 24. (373.)

Lib. 17. tit. 1. mandati.
L. 38. (42.)

Lib. 22. tit. 3. de probat.
L. 19. pr. (35. 52.)

Lib. 39. tit. 4. de publican. et vectig.
L. 7. pr. (257.)

Lib. 40. tit. 9. qui et a quib. manumissi.
L. 12. §. 1. (293.)

Lib. 42. tit. 1. de re jud.
L. 57. (245.)

Lib. 44. tit. 1. de except.
L. 1. pr. (35. 52.)
L. 2. pr. (7. 85.)

Lib. 44. tit. 2. de except. rei jud.
L. 15. (391.)

Lib. 44. tit. 7. de oblig. et act.
L. 25. pr. (262.)

Lib. 46. tit. 7. judic. solvi.
L. 5. §. 3. (159.)

Lib. 47. tit. 10. de injur.
L. 41. (41.)

Lib. 49. tit. 8. quae sent. sine apell.
L. 1. §. 4. (67.)
Lib. 49. tit. 14. de jure fisci.
L. 46. §§. 4. 5. (373.)
Lib. 50. tit. 13. de extraord. cognit.
L. 1. §§. 14. 15. (62.)
Lib. 50. tit. 16. de verb. signif.
L. 8. §. 1. (53.)
L. 239. §. 8. (269.)
Lib. 50. tit. 17. de reg. jur.
L. 21. (186.)
L. 41. (52.)
L. 86. (273.)
L. 87. (273.)
L. 141. pr. (50.)
L. 154. §. 1. (363.)
L. 202. (3.)
L. 203. (338.)

C) Codex.

Lib. 1. tit. 3. de episcop. et cler.
L. 51. (281.)
Lib. 2. tit. 2. de in jus voc.
L. 4. §. 1. (282.)
Lib. 2. tit. 3. de pactis.
L. 29. (281.)
Lib. 2. tit. 13. de procurat.
L. 17. (166.)
Lib. 2. tit. 57. de satisdando.
L. un. (155. 166. 167. 409.)
Lib. 3. tit. 1. de judiciis.
L. 3. (38.)
L. 10. (41.)
Lib. 3. tit. 3. de pedan. jud.
L. 2. (16.)
Lib. 3. tit. 8. de ord. jud.
L. 1. (38.)
Lib. 3. tit. 19. ubi in rem actio.
L. 1. (262.)
Lib. 3. tit. 32. de rei vind.
L. 6. (366.)
Lib. 4. tit. 31. de compens.
L. 3. (373.)
L. 6. (66.)
L. 9. (170.)
L. 14. pr. (275.)
— §. 1. (337. 341. 356. 365.)
Lib. 4. tit. 34. depos.
L. 11. (262. 365. 369.)
Lib. 5. tit. 21. rer. amot.
L. 1. (66. 415.)
Lib. 5. tit. 37. de administ. tut.
L. 28. §. 3. (159.)
Lib. 7. tit. 45. de sent. et interloc.
L. 14. (43. 76 219. 229. 240. 241. 253. 259. 274. 278. 310. 319. 323. 398.)
Glossa ad h. l. (325. 339.)
Lib. 7. tit. 48. si a non compet. jud.
L. 1. (313.)
L. 2. (313.)
Lib. 7. tit. 51. de fruct. et lit. expens.
L. 5. (31. 68. 241.)
Lib. 8. tit. 14. de pignor. et hypoth.
L. 14. (262.)
Lib. 8. tit. 54. de donat.
L. 1. (262.)

Lib. 10. tit. 16. de anon. et tribut.
L. 3. (257.)

Lib. 10. tit. 39. de incolis.
L. 7. (268.)

D) Novellae.

Nov. 88. cap. 1. (366.)
— 96. — 2. (73. 217. 279. 320. 398. 409.)
— 99. — 1. (321.)
— 123. — 25. (280. 409.)

III. Römische Quellen nach Justinian.

A) Authenticae.

Auth. Frid. Statuimus. Cod. de episcop. et cler. (279. 290. 295.)
Auth. Qua in provincia. Cod. ubi de crimin. agi oport. (358.)
Auth. Sed jam cautum est. Cod. depos. (366.)
Auth. Et consequenter. Cod. de sent. et interloc. (76. 278. 321. 409.) Glossa ad h. l. (77. 204.)

B) Basilica.

Lib. 7. tit. 3. cap. 11. (37.)
— — tit. 4. cap. 1. (73. 320.)
Lib. 8. tit. 2. cap. 33. (163.)
Lib. 9. tit. 1. cap. 44. (28.)
— — tit. 3. cap. 69. (68.)

IV. Kanonisches Recht.

A) Decretum Gratiani.

Causa 3. dist. 4. (294.)
Can. 1. causa 3. quaest. 8. (78.)
Can. 29. causa 11. quaest. 1. (285.)
Can. 30. ibid. (285.) Dictum Gratiani ad h. l. (285.)

B) Decretales Gregorii IX.

Lib. 1. tit. 43. de arbitris.
Cap. 6. (89. 237.)

Lib. 2. tit. 1. de judiciis.
Cap. 17. (286.)

Lib. 2. tit. 2. de foro compet.
Cap. 2. (286.)
Cap. 9. (287.)
Cap. 12. (287.)
Cap. 18. (288.)

Lib. 2. tit. 4. de mutuis petit.
Cap. 1. (79. 240. 398. 410.)
Cap. 2. (81. 398.)

Lib. 2. tit. 10. de ordine cognit.
Cap. 2. (82.)
Cap. 4. (91.)

Lib. 2. tit. 13. de restit. spoliat.
Cap. 10. (80.)

Lib. 2. tit. 21. de testib. cogend.
Cap. 10. (90. 323.)

Lib. 2. tit. 22. de fide instrum.
Cap. 12. (90.)

Lib. 2. tit. 25. de except.
Cap. 5. (89. 132. 211.)

Lib. 3. tit. 16. depos.
Cap. 2. (366.)

Lib. 5. tit. 40. de verb. signif.

C) Lib. VI. Decretal.

Lib. 1. tit. 3. de rescript.
Cap. 3. (91. 398.)

Lib. 2. tit. 2. de foro compet.
Cap. 2. (287.)

Lib. 5. tit. 13.
Cap. 12. (220.)

D) Clementinae.

Lib. 5. tit. 11. de verb. signif. Clem. 2. (93. 410.)

V. Teutsche Quellen.

A) Sachsenspiegel.

Buch I.

Art. 31. (94.) Glosse. (94.)
Art. 32. §. 3. (95. 398.) Glosse. (95.)
Art. 61. §§. 2. 5. (97.) Glosse. (97.)

Buch III.

Art. 12. §§. 1. 2. (97.) Glosse. (98. 237.)
Art. 60. Glosse. (304.)
Art. 79. §. 3. (100. 398.) Glosse. (100.)

B) Schwabenspiegel.

Art. 89. (100. 303. 398.)

C) Laienspiegel.

Th. 2. Tit. Vom widerrechten ꝛc. (101. 398.)

D) Reichsgesetze.

Kam. Ger. Ord. v. 1508. (102. 398.)

Kam. Ger. Ord. v. 1555.
Th. 2. Tit. 4. §. 16. (103.)
Th. 3. Tit. 30. (103.)

Konzept der Kam. Ger. Ord. v. 1603.
Th. 2. Tit. 4. §. 19. (103.)
Th. 3. Tit. 33. (103.)

Wörter- und Sachen-Register.

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten auch hier wieder die Seiten.)

Abhängigkeit der Widerklage. (6.)
Acht schließt die Widerklage aus. (133.)
Actio. (31. 371.) s. Klage.
Actio contraria. (27. 210. 320.)
— directa. (27.)
— duplata. (32.)
— duplex. (32.)
— mixta. (32.)
— mutua. (27.) in rem. (28.)
— petitioque. (29.)
— reciproca. (1.)
— utilis. (190.)
Actionem dirigere. (264.)
— excipere. (257.)
— exercere. (264.)
Actiones legis. (11.)
Actor civitatis. (185.)
Actor sequitur forum rei. (23. 40. 215. 299.)
Adcitation. (144.)
Additionalbeweis. (209.)
Additionalklage. (209.)
Adhäsion. (349.)
Adversarius. (264.)
Advokaten. (169.)
Aebutia lex. (12.)
Aestimatio. (18. 378.)
Agere, gleichbedeutend mit dem Vorbringen einer Einrede. (35.)
Akademiker. (307.)
Akten. (397.)
Alienatio judicii mutandi causa facta. (191.)
Alternative Gesuche. (378.)
Ammen. (62.)
Anstandsbriefe. (133.)
Αντεναγωγε. (23. 32. 68.)
Anticipation der Widerklage. (401.)
Αντικατηγορία. (1.)
Anwälte. (145.)
Apocrisiarii. (280.)
Appellatione remota. (82.)
Arbitrium. (58.)
Argumentum a minori ad majus. (356.)
Ausländer. (275.)
Auslagen. (367.)
Auslegung der Quellen. (293.)
Bedingung. (180.)
Benennung des Auctors. (136.)
Beweismittel, ihre Gemeinschaft. (222.)
Billigkeit, Grund der Widerklage (9.) und ihres Gerichtsstandes. (219.)
Casus. (183.) mixtus. (184.)
Casum sentit dominus. (163.)
Cautio. (155. 416.)
Cedent. (172.)

Cessionar. (172.)
Clage, vermengede. (32.)
Clericus. (287.)
Cognitiones ordinariae et extraordinariae. (62.)
Cognitor. (175.)
Compensatio s. Kompensation.
Condemnatio. (22.)
Continentia causae. (41. 383. 386.)
Convenire. (30.)
Conventio. (5. 30. 31.)
Corpus. (193.)
Curator. (165.)
Damnum. (353.)
Deductio. (21.)
Defendere. (150. 162. 353.)
Defensionis allegatio. (156.)
Defensor. (146.)
Deliktsklage. (62. 351.)
Depositum. (364.)
Dies reconventionis. (403.)
Dirigere actionem. (264.)
Dritte. (135.)
Ehefrauen. (134.)
Eigenthum. (177. 181.)
Einreden waren zur Zeit der legis actiones nicht zuläßig, (12.) ihre Eigenschaften, (85.) aus der Person des Cedenten. (185.)
Erbe. (200. 212.)
Erbschafts-Kurator. (200.)
Exceptio doli. (387.)
Exceptio plus petitionis re. (387.)
Excipere, (155.) actionem. (257.)
Exercere actionem. (264.)
Exkommunizirte. (89. 132.)
Experiri. (161. 355. 367.)
Extra ordinem. (62.)
Fides mala. (269. 257.)
Fingiren eine Widerklage. (48. 51. 54.)
Fiskus. (372.)
Formula, (12.) iniquia. (15.)
Forum, (13. 214.) continentiae causarum ex connexitate, (11. 243.) protractum v. propagatum, (226.) reconventionis s. Gerichtsstand.
Frauenzimmer. (153.)
Geächtete. (133.)
Gegenbeweis. (208.)
Gegenklage. (1.)
Gegennothdurft. (1.)
Gegenrecht. (1.)
Gegenstand der Widerklage. (251. 315.)
Geistliche. (276.)
Genehmigung, deren Unterschied von der Vollmacht. (166.)
Gerichtsbarkeit, ein Attribut der Staatsgewalt. (299.)
Gerichtsstand, allgemeiner in Rom und Konstantinopel, (64.) alter des Beklagten, (40.) des Arrestes, (250.) außerordentlicher dinglicher, (254.) dinglich priviligirter, (244.) erstreckter, (226.) ordentlicher besonderer, (250.) persönlich privilegirter, (276.) des Vertrags, (250.) der Widerklage (6. 11. 23. 55. 57. 59. 63. 64. 69. 215.)
Gesandte. (308. 356.)
Glaube, böser. (269.)
Gleichzeitigkeit des Prozesses. (395.)
Grund der Widerklage. (9. 77. 258.)
Häufung von Klagen, (207. 212.) von Widerklagen. (340.)
Hauptklage. (5. 400.)
Hauskinder. (134.)
Idem. (323.)
Identitäten der Widerklage. (5.)

Inkompetenz. (55. 217.)
Instanz, höhere. (309. 407.)
Interdikte, possessorische. (351.)
Intervention. (141.)
Invicem accusare, agere, convenire, petere, pulsare. (30. 164. 275.)
Inzidentpunkte. (242.)
Judex. (11. 23. 214. 225. 236. 396.) Judicis datio, (12. 16. 62.) officium. (48.)
Judicium, (11. 13. 326.) bonae fidei, (14.) contrarium, (27.) directum v. rectum, (27.) duplex, (32.) stricti juris. (8)
Juliae leges. (12.)
Jurisdictio interna. (249.)
Jus. (11.) Juris ordinem converti. (216.)
Katholische Geistliche. (276.)
Kaution, s. Cautio u. Satisdatio.
Kinder. (134.)
Kirchenbann schloß die Widerklage aus. (89. 132.)
Kläger, juristischer und faktischer, (180.) s. Actor.
Klage, dingliche, (256.) präjudizielle (347) s. Actio u. Clage.
Kommissär. (238.)
Kompensation. (8. 15. 24. 25. 211. 327. 332. 379)
Kompetenz. (55. 70. 75.)
Konkurs. (336 413.)
Konnexität. (26. 210. 322. 329.) subjektive, (339. 412.)
Konventionalstrafe. (351.)
Kriminalprozeß, die Widerklage in demselben. (348)
Legaten, römische. (356.)
Liquidations-Instanz. (10.)
Liquidität. (344. 376.)
Lites duae. (328.)
Litis contestatio. (12.)
Litis denunciatio. (144.)
Magistratspersonen, römische. (132.)
Militärpersonen. (307.)
Minderjährige. (134.)
Minutio condemnationis. (15.)
Moratorien. (133.)
Munizipal-Obrigkeit. (35.)
Nachklage. (10. 400.)
Nebenpersonen. (135.)
Negotium (44. 319. 323. 396.)
Negotiorum gestor. (166.)
Nichtidentitäten der Widerklage. (5.)
Nominatio auctoris. (136.)
Obligation. (176.)
Obnoxius. (260. 274.)
Observare arbitrium v. judicium. (76. 220.)
Ordo scripturae. (400.)
Perhorreszenz. (76. 217.)
Pers. (244. 306.)
Personen, (127.) dritte, (135.) kollektive, (193.) mitleidswürdige, (314.) privilegirte. (276.)
Petere. (29.)
Petitio, (28.) mutua. (1. 27. 164.)
Petitum bei Einreden. (29. 67.)
Pfand. (178.)
Postulationes. (12.)
Praeses, seine Kompetenz. (36.)
Praestare oportere identisch mit debere. (20.)
Praetoria notio v. cognitio. (16.)
Prävention. (401.)
Privilegium fori, s. Gerichtsstand, Personen und Sachen.
— revocandi domum. (61. 64. 357.)
Privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur. (357.)
Probare. (355.)

Procurator, (145.) ad res omnes, (165.) in rem suam, (169.) necessitate factus. (187.)
Prorogation. (223. 227. 312.)
Provokotion. (203. 412.)
Prozeß, gleichzeitiger. (395.)
Prozeßart. (345.)
Qualität des Widerklage-Gegenstandes. (315.)
Quantität. (36. 377.)
Ratio legis. (295.)
Rechtsgleichheit der Parteien. (50. 52.)
Reconvenire. (31.)
Reconventio. (1. 31. 69. 76. 94.) exceptionis, (8. 380.) reconventionis. (204.)
Reichsacht. schloß die Widerklage aus. (132.)
Rekrimination. (1. 348.)
Reprobatio reprobationis. (208.)
Res, (251.) s. Sache. Res rea. (264.)
Retention. (394.)
Reus excipiendo fit actor. (47. 52. 205.) sequitur forum actoris. (216.)
Revocare domum s. Privilegium.
Richter, delegirter, (237.) erwählter, (220.) der Widerklage, (214.) s. Judex.
Rollen der Parteien. (129.)
Sachen, (251.) fungible, (378.) geistliche, (347.) nicht fungible, (377.) privilegirte, (243.) theilbare und untheilbare, (196.) s. Res.
Salutar-Klausel. (54.)
Satisdatio, (168.) super excipienda lite. (155.)
Schiedsrichter. (90. 236.)
Selbständigkeit der Widerklage. (6.)
Sklaven. (131.)
Spolium. (86. 356.)
Species. (377.)
Statio. (376)
Streitgenossen. (194.)
Streitverkündung. (144.)
Studenten. (307.)
Stumme. (134.)
Suppliren eine Widerklage. (48. 54. 85.)
Suscipere. (155.)
Taube. (134.)
Terrendi jus. (269.)
Territorium. (268.)
Tod, bürgerlicher. (133.)
Tutor. (165.)
Ueberschuß einer Gegenforderung. (380.)
Universitas. (193.)
Untersuchungsprinzip des Kriminalprozesses. (349.)
Verbot der Widerklage. (9.)
Vergehen. (351.)
Verschwender. (134.)
Verstandslose. (134.)
Vertheidigung wird nicht durch die Widerklage geführt. (211.)
Verzicht auf den Gerichtsstand. (20.)
Vicissim s. invicem.
Vollmacht. (146)
Vorklage. (1. 400.)
Wiederklage, mit einem e vor dem d. (1. 213.)
Widerklage, antizipirte, (401.) successive oder uneigentliche. (404.)
Widerrecht. (1.)
Zeit der Widerklage. (75. 403.)
Zwang bei der Widerklage. (75.)

Druck-

Druckfehler.

S. 125.

XXXI) Ludovici Jerusalem (Lipsiensis, J. U. B. Adv. et Not. in regno Sax. imm.) dissert. de reconventione. Lipsiae, 1837. 4. 40 pagg.

Erst während des Druckes unseres Werkes haben wir von diesem Schriftchen Kenntniß erhalten, konnten es uns aber nicht mehr rechtzeitig verschaffen, um es zu benützen. Eine Rezension findet sich in Richter's kritischen Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft (Leipzig, 1837), S. 471.

= 153. Z. 17. lies defendentis procuratoris statt defendentis.

= 169. Note 71.

Noch haben wir, bezüglich auf die Frage: ob der Anwalt des Beklagten zur Anstellung einer Widerklage einer Spezialvollmacht bedürfe? eine Stelle von Paulus aufgefunden, die hier nachträglich erwähnt werden muß, nämlich die L. 4. pr. Dig. de tutelis (26. 1.), folgenden Inhalts: „Quod dicitur, si indistincte datus sit curator, in totam litem datum videri, fortasse eo spectet, si familiae erciscundae, aut communi dividundo, aut finium regundorum actio esset cum tutore; et si indistincte datus esset, non solum eo nomine curator esset, quod ageret pupillus pupillave, sed invicem quoque, quod eum his ageretur.“ Aus dieser Stelle läßt sich nicht mit Grund entnehmen, daß eine allgemein (indistincte) lautende Vollmacht auch zur Anstellung einer Widerklage ermächtige. Es ist nur von den judiciis duplicibus die Rede, in welchen jeder Theil beide Parteirollen in sich vereinigt, oder doch, wenn man dieß nicht mehr ganz gelten lassen will, je nach der Prävention Kläger oder Beklagter werden kann. Zu diesen judiciis duplicibus gehören die actio familiae erciscundae, communi dividundo, und finium regundorum (§. 6. S. 32.), von welchen auch im Gesetz

speziell gesprochen wird. Hier mußte freilich die allgemeine Vollmacht auf beide Rollen gehen, da sie nach der strengen Ansicht des römischen Rechtes, untheilbar sind, und eine die andere für jede Partei von selbst mit sich brachte; der allgemein Bevollmächtigte konnte also seinen Prinzipal in der Eigenschaft sowohl eines Beklagten als Klägers vertreten, ohne dort oder hier noch eine Spezialvollmacht nöthig zu haben. Abgesehen von dem Unterschied des tutor und curator von dem procurator, unterstützt uns auch noch Gothofred in seiner Glosse zu obiger Stelle, indem er lehrt: Quid? procurator vel syndicus indistincte datus, num intelligitur datus ad lites etiam futuras? Non intelligitur ad lites futuras datus, nisi lites futurae pendeant a praesentibus, aut sint eis connexae.“ Gothofred meint also, die Vollmacht gehe nur auf einen ausbrechenden oder ausgebrochenen Prozeß, nicht auf einen zukünftigen; ein solcher zukünftiger Prozeß ist aber wirklich der über die Widerklage zu der Zeit, da der Beklagte den Prokurator in einem judicium simplex lediglich zu seiner Vertheidigung bevollmächtigt. Mit den Ausnahmen, welche Gothofred aufstellt, sind wir übrigens nicht einmal ganz einverstanden.

S. 241. Z. 14. lies L. 5. statt L. 3.
= 323. = 28. — Cap. 12. X. de fide instrum. (22.) statt Cap. 1. X. de fide instrum. (12. 4.)
= 294. = 2. — dist. 4. statt dist. 3.
= 377. = 16. — generisch ungleichen statt generischen gleichen.
= 796. = 29. — jure statt jus.

In unserem Verlage sind erschienen und um die beigesetzten Preise durch alle Buchhandlungen zu erhalten:

Abegg, J. Fr. H., über die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen. gr. 8. 1819. 9 gr. oder 36 kr. rhein.

Bucher, Dr. K., System der Pandecten, oder Versuch einer wissenschaftlichen Darstellung des Justi-

nianeischen Privatrechts. Dritte vermehrte und verbesserte Ausgabe. gr. 8. 1822. 2 Thlr. 16 gr. oder 4 fl. 30 kr.

Buchner, Andr., (Prof.) das öffentliche Gerichtsverfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsvorfallenheiten nach altdeutscher vorzüglich altbayerischer Rechtspflege. Nebst einem Anhange über den vortheilhaften und nachtheiligen Einfluß dieses Verfahrens auf Verminderung und Abkürzung der Streitigkeiten und auf die richtige Anwendung der Gesetze. Eine gekrönte Preisschrift. gr. 8. 1825. 2 Thlr. 4 gr. oder 3 fl. 15 kr.

Feuerbach, von, (Präsident) Erklärung über seine angeblich geänderte Ueberzeugung in Ansehung der Geschwornen-Gerichte. 8. 1819. 4 gr. oder 15 kr.

Justiniani institutionum Libri IV. Textu ad codicem olim Heilsbronnensem nunc Erlangensem recognito. Edidit Carol. Bucher. 8 maj. 1826. 1 Thlr. 2 gr. oder 1 fl. 54 kr.

Künßberg, Heinr. Beiträge zur Diagnose der deutschen Prozeßnoth. 8. 1837. 9 gr. oder 36 kr.

Lange, Joh. Christ., die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft. gr. 8. 1818. 20 gr. oder 1 fl. 18 kr.

— — Versuch einer Begründungslehre des Rechts. gr. 8. 1818. 22 gr. oder 1 fl. 24 kr.

Möllenthiel, Dr. C. A., über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. gr. 8. 1820. 20 gr. oder 1 fl. 18 kr.

Ortloff, Fr., Commentatio Jur. rom. de Thesauris ad §. XXXIX. I. de rer. div. (II. I.) Fr. III. §. X. D. de jure fisci (XLIX. XIV.) et C. un. c. de Thesauris (X. XV.) 8. maj. 1818. 8 gr. oder 30 kr.

Puchta, Dr. Wolfg. Heinr., der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentlichen und Privatrechts-Praxis. gr. 8. 1818. 1 Thlr. 20 gr. oder 2 fl. 48 kr.

— — Entwurf einer Ordnung des Verfahrens in den Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. gr. 8. 1824. 1 Thlr. 20 gr. oder 2 fl. 48 kr.

Staatsbibliothek München

Puchta, Dr. Wolfg. Heinr., das Institut der Schiedsrichter, nach seinem heutigen Gebrauche und seiner Brauchbarkeit für Abkürzung und Verminderung der Prozesse betrachtet. gr. 8. 1823. geh. 16 gr. oder 1 fl.

Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Bayerns. Herausgegeben von Fr. Aug. Freih. von Zu-Rhein und Joh. Bapt. Sartorius. Zwei Bände. gr. 8. jeder 1 Thlr. 22 gr. oder 3 fl. 15 kr.

Seuffert, Dr. Joh. Ad., Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung (codex juris bavarici judiciarii de anno 1753). Erster Band. gr. 8. 1 Thlr. 18. gr. oder 2 fl. 24 kr. (Der zweite Band ist unter der Presse.)

— — Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern. 1r u. 2r Jahrgang 1836 u. 1837. (wöchentlich ein halber Bogen Nr. 1—52.) gr. 8. Jeder Jahrgang 2 Thlr. oder 3 fl. 30 kr.

— — deren Dritter Jahrgang für 1838. (Alle vierzehn Tage ein ganzer Bogen Nr. 1—26.) gr. 8. 2 Thlr. oder 3 fl. 30 kr.

— — Gesammelte rechtswissenschaftliche Abhandlungen. 8. 1837. Velinp. 18 gr. od. 1 fl. 12 kr. weiß Druckp. 15 gr. oder 1 fl.

Ulpiani, Domitii, quae in primum digestorum librum migrarunt fragmenta. Textu ad Codd. M. S. S. recognito ed. Dr. C. Bucher. Accedunt scripturae quatuor. Codd. specimina. 8 maj. 1819. 20 gr. oder 1 fl. 18 kr.

Bayerische Staatsbibliothek München

1995

Buchbinderei
H. Pantele
85376 Massenhausen
Tel.: 08165/80121

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Sartorius, Johann B.

Die Lehre von der Widerklage nach dem gemeinen teutschen Civilprocesse

Erlangen 1838

J.pract. 261 x
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554634-5